LA CORTE COSTITUZIONALE
E LE CORTI D'EUROPA

Quaderni del "Gruppo di Pisa"

LA CORTE COSTITUZIONALE E LE CORTI D'EUROPA

Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1 giugno 2002

a cura di Paolo Falzea, Antonino Spadaro, Luigi Ventura

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2003 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX: 011-81.25.100
http://www.giappichelli.it

ISBN 88-348-3334-1

Il volume è pubblicato con i fondi della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Magna Græcia" di Catanzaro che, assieme al Dipartimento di Scienze e Storia del diritto, ha organizzato il convegno.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

pag.

RELAZIONI

LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
Luigi Cozzolino 3

I RAPPORTI FRA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
Gianmario Demuro 39

LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
Filippo Donati e *Pietro Milazzo* 65

GIUDICI COMUNI E CORTI SOVRANAZIONALI: RAPPORTI TRA SISTEMI
Laura Montanari 119

LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
Andrea Pertici 165

GIUDICI COMUNI E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI
Barbara Randazzo 217

LA CORTE COSTITUZIONALE, LA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI
Fiammetta Salmoni 289

pag.

INTERVENTI E COMUNICAZIONI

IL RINVIO PREGIUDIZIALE *EX* ART. 234 TRATTATO CE, TRA (INGIUSTIFICATO?) *HORROR OBSEQUII* DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IRRESISTIBILE *VOCAZIONE ESPANSIVA* DEL GIUDICE COMUNITARIO
Stefano Agosta 349

SUL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL PROCESSO COSTITUZIONALE EUROPEO
Salvatore Aloisio 375

PRIME IMPRESSIONI SULL'IMPATTO DELLA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL «VINCOLO COMUNITARIO» SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE
Giovanni D'Alessandro 387

APPLICAZIONE IMMEDIATA DEL «DIRITTO VIVENTE» CEDU E «DIFFUSIONE» DEL SINDACATO SULLE LEGGI
Andrea Guazzarotti 399

LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO TRA SINDACATO GIURISDIZIONALE E GIUSTIZIA POLITICA
Laura Olivieri 413

LA TUTELA DEL TERZO PRIVATO NEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE IN TEMA DI INSINDACABILITÀ DELLE OPINIONI DEI PARLAMENTARI E LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
Francesco Marone 427

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS UMANOS Y LA EJECUCIÓN DE SUS SENTENCIAS EN LATINOAMERICA
LA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO E L'ESECUZIONE DELLE SUE SENTENZE IN AMERICA LATINA
Karla Irasema Quintana Osuna 437

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO E LE CORTI D'EUROPA
Itziar Gómez Fernández e *Rosa Velázquez Álvarez* 475

LA CORTE DI STRASBURGO S'ARRENDE E IL LEGISLATORE ITALIANO TRASFORMA IN MONETA IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO
Francesco Rigano 497

pag.

«TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI» E «CONTROLIMITI», TRA TEORIA DELLE FONTI E TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE
Antonio Ruggeri 505

L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE SU QUELLA DEI GIUDICI NAZIONALI PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN FRANCIA
Caterina Severino 531

UNA (SOLA) CORTE PER L'EUROPA
Antonino Spadaro 555

RELAZIONI DI SINTESI DELLE TRE SESSIONI

TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI, MARGINE DI APPREZZAMENTO E RAPPORTI TRA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. QUALE EUROPA DEI DIRITTI?
Paolo Carrozza 567

CORTE COSTITUZIONALE, CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: PROBLEMI E PROSPETTIVE DEI LORO RAPPORTI
Adele Anzon 577

«GIUDICI COMUNI E CORTI SOPRANAZIONALI»
Pasquale Costanzo 583

RELAZIONE CONCLUSIVA

Gaetano Silvestri 591

RELAZIONI

LE TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

LUIGI COZZOLINO

SOMMARIO: 1. Il rinvio alle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti degli Stati membri nella giurisprudenza comunitaria sulla tutela dei diritti fondamentali. – 2. I possibili metodi di concretizzazione dei diritti fondamentali comunitari. – 2.1. Il metodo del massimo standard ed il metodo del minimo comune denominatore. – 2.2. Il metodo della comparazione critica ed il metodo della ponderazione degli interessi. – 3. Il valore delle tradizioni costituzionali comuni nell'inquadramento teorico tracciato dai giudici comunitari. – 4. Il valore delle tradizioni costituzionali comuni per i giudici comunitari: il metodo di sviluppo dei diritti fondamentali comunitari in alcune significative pronunce giurisprudenziali. – 5. Conclusioni.

1. IL RINVIO ALLE TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI AGLI ORDINAMENTI DEGLI STATI MEMBRI NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA SULLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

L'ordinamento comunitario, come è noto, prevede una serie di disposizioni che attribuiscono ai singoli posizioni giuridiche soggettive assimilabili ai diritti fondamentali. Pensiamo, innanzitutto, alle disposizioni relative alle quattro libertà, di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, alle quali in sede giurisprudenziale è stata talvolta attribuita la qualità di diritti fondamentali. Pensiamo, ancora, agli artt. 12 [1], 19 comma 1 [2] e 2 [3],

[1] L'articolo in questione prevede al comma 1 un divieto di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità.

[2] In base a questo comma 1 dell'art. 19 «Ogni cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino ha il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato.

[3] Il comma 2 dell'art. 19 attribuisce ad ogni cittadino dell'Unione residente in uno Stato membro di cui non è cittadino il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni al Parlamento europeo nello Stato membro in cui risiede, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato.

20[4], 21[5] e 141[6]. Esso contiene, poi, una serie di disposizioni finalistiche la cui attuazione si è tradotta in un'espansione di alcuni diritti fondamentali di libertà dei cittadini comunitari[7].

Esso è, invece, privo di un catalogo scritto di diritti fondamentali nella veste tipica alle Costituzioni della quasi totalità degli Stati membri.

Le tradizioni costituzionali comuni costituiscono una delle fonti[8] alle quali i giudici comunitari hanno fatto riferimento nella loro opera di sviluppo di un impianto di diritti fondamentali[9] a livello comunitario, da utilizzare sia come crite-

---

[4] A tenore di quest'articolo «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela da parte delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato».

[5] L'articolo in questione attribuisce ad ogni cittadino dell'Unione il diritto di petizione dinanzi al Parlamento europeo, il diritto a rivolgersi al mediatore europeo e il diritto a scrivere alle istituzioni o agli organi europei e ricevere una risposta.

[6] Il comma 1 di quest'articolo riconosce il principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore.

[7] Sulla materiale attuazione e allargamento dei diritti fondamentali dei cittadini comunitari come risultato dell'attuazione delle disposizioni finalistiche del Trattato, si veda I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1979, 65 ss.

[8] Le tradizioni costituzionali comuni, infatti, non costituiscono l'unica fonte esterna alla quale i giudici si rifanno nel loro sforzo di dotare l'ordinamento giuridico comunitario di garanzie dei diritti fondamentali analoghe a quelle degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri. Innanzitutto è al panorama degli accordi internazionali che la Corte rivolge la propria attenzione. I giudici si sono riferiti di volta in volta al Patto internazionale per i diritti civili e politici, alla Carta sociale europea, alla centoundicesima Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro. In questo panorama, come sottolineato dai giudici comunitari nella sentenza *Hoechst*, un particolare significato assume la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Del novero delle fonti alle quali i giudici dichiarano di rifarsi fanno parte, poi, non solo le norme e le prassi costituzionali degli Stati membri, come emerge dalla lettura della pronuncia *Hauer*, ma anche gli ordinamenti giuridici *tout court* degli stati membri. Pensiamo al passaggio della già citata sentenza *Hoechst*, nel quale i giudici riconoscono che l'inviolabilità del domicilio privato delle persone fisiche si impone nell'ordinamento giuridico comunitario in quanto principio comune *ai diritti degli Stati membri*, sia la pronuncia *Orkem*, laddove essa stabilisce che «*gli ordinamenti giuridici degli Stati membri* riconoscono il diritto di non testimoniare contro se stessi solo all'imputato in un procedimento penale».

[9] Le diverse tappe della «creazione» giurisprudenziale sono efficacemente riassunte da M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 19 ss., nonché da G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli Stati membri*, in AA.VV., *Scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile*, Padova, 1995, 716 ss. Nella dottrina più recente si vedano E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, 163 ss.; L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998, 107 ss.; G. BAUMGARTNER, *EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz*, Wien, 1997, 149 ss.; J. HENGSTSCHLAGER, *Grundrechts-*

rio di giudizio della legittimità dell'azione degli organi comunitari, sia, per certi versi, di quella degli Stati membri [10].

L'espressione «tradizioni costituzionali comuni» sembra voler alludere a quel patrimonio di valori costituzionali che accomuna gli ordinamenti degli Stati membri, indipendentemente dalla natura scritta o consuetudinaria della Costituzione di cui sono dotati, patrimonio di valori di cui fanno parte naturalmente i diritti fondamentali [11].

---

schutz kraft EU-Rechts, in *Juristische Blatter*, 2000, 409 ss.; B. DE WITTE, *The past and future role of the ECJ in the protection of human rights*, in P. ALSTON (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, 2000, 863 ss. Gli aspetti problematici del catalogo dei diritti fondamentali comunitari sono sapientemente tratteggiati da P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in AA.VV., *La Costituzione europea*, Annuario 1999 dell'Associazione nazionale dei costituzionalisti, Padova, 2000, 329-333. Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali si veda ora, anche, S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario. Principi e tradizioni costituzionali comuni. La formazione giurisprudenziale del diritto costituzionale europeo*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 1 ss. ed in particolare, 25 ss., nonché P. MENGOZZI, *La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. ROSSI, Milano, 2002, 43 ss.

[10] È doveroso ricordare, infatti, che la Corte, nell'evoluzione della sua giurisprudenza in materia, ha ampliato la sfera di applicazione dei diritti fondamentali comunitari da essa sviluppati, individuando diverse ipotesi in cui essi vincolano anche le istituzioni nazionali. Si tratta dei casi in cui il giudizio verte su atti nazionali di attuazione di discipline comunitarie. Pensiamo alla sentenza della Corte 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, alla sentenza della Corte 24 marzo 1994, causa 2/92, *The Queen* c. *Ministry of agricolture, fisheries and food* ed infine alla sentenza della Corte 15 febbraio 1996, causa 63/93, *Duff ed altri* c. *Ministry for agricolture and food*. Si tratta ancora dei casi in cui il giudizio verte su atti normativi nazionali che dettano restrizioni ad una delle libertà fondamentali consacrate nel Trattato. Pensiamo ad esempio alla sentenza della Corte 18 giugno 1991, causa 260/89, *E.R.T.*, nonché alla sentenza della Corte 4 ottobre 1991, causa 159/90, *Grogan*. Nella giurisprudenza più recente almeno tre sono le pronunce con le quali la Corte ha ribadito l'estensione dell'ambito di applicazione dei diritti fondamentali comunitari anche agli Stati membri nella misura in cui questi agiscono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario: la sent. 29 maggio 1997, causa 299/95, *Kremzow*, la sent. 26 giugno 1997, causa 368/95, *Familiapress*, ed infine la sent. 18 dicembre 1997, causa 309/96, *Annibaldi*. Tutte le sentenze citate sono leggibili sul sito internet, *www.curia.eu.int*.

[11] Per una lettura simile dell'espressione «tradizioni costituzionali comuni» si veda D. FEGER, *Die Grundrechte im Recht der Europäischen Gemeinschaften. Bestand und Entwicklung*, Frankfurt am Main, 1984, 99. F. MODERNE, *La notion de droit fondamental dans les traditions constitutionnelles des Etats membres de l'Union européenne*, in AA.VV., *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, a cura di F. SUDRE-H. LABAYLE, Bruxelles, 2000, 54, sostiene, in maniera analoga, che la formulazione debba essere intesa nel senso di regolarità notoria nelle soluzioni costituzionali, indipendentemente dal tipo formale della fonte e indipendentemente dal loro esatto contenuto normativo.

J.-C. GAUTRON, *Des droits fondamentaux communs dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in AA.VV., *Le patrimoine constitutionnel européen*, Strasbourg, 1997, 166, evidenzia che l'espressione, tra l'altro, permette alla Corte di superare le classificazio-

La comparsa della suddetta espressione nella giurisprudenza comunitaria [12] può farsi risalire agli anni '70, ossia al momento in cui i giudici decisero di colmare il *gap* nella protezione degli individui proprio del diritto positivo dei Trattati. Prima di allora, di fronte alle richieste dei colleghi nazionali di invalidare atti comunitari per contrasto con i diritti fondamentali contenuti nelle Carte degli Stati membri, i giudici comunitari si erano limitati a negare una tale possibilità che avrebbe condotto alla subordinazione delle norme comunitarie alle singole disposizioni nazionali.

Nella sentenza *Stork* [13] ad esempio si ha modo di leggere che «la Corte, a norma dell'art. 31 del Trattato, deve semplicemente garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato e dei regolamenti di esecuzione, ma non è di regola tenuta a pronunziarsi in merito alle norme dei diritti nazionali. Ne consegue che anche la censura relativa al fatto che l'Alta Autorità con la sua decisione avrebbe violato i principi fondamentali della Costituzione tedesca (in particolare gli artt. 2 e 12) non può essere presa in considerazione dalla Corte».

In un'altra pronuncia, di qualche anno successiva, la *Sgarlata* [14], i giudici avevano affermato che l'argomento del contrasto con i principi fondamentali vigenti in tutti i Paesi membri, non poteva giustificare ai loro occhi l'abbandono di una lettura restrittiva dell'art. 173 del Trattato CE.

Lo spartiacque tra queste pronunce e quelle con le quali, come si è detto, a partire dagli anni '70, i giudici iniziano a colmare il *gap* nella protezione degli individui proprio del diritto positivo dei Trattati, è rappresentato dalla sentenza *Stauder* [15]. In essa i giudici stabiliscono che «i diritti fondamentali della persona, fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza».

Se questa pronuncia si limita ad inaugurare la nuova attitudine della Corte senza che i giudici facciano ancora alcun tipo di riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, diversamente accade con la sentenza dell'anno successivo *Internationale Handelgesellschaft* [16].

---

ni dei diritti fondamentali operate in alcuni sistemi giuridici e le distinzioni, proprie di alcuni ordinamenti, tra diritti fondamentali intangibili e diritti suscettibili di revisione e tra diritti direttamente invocabili e diritti che necessitano di un intervento del legislatore per essere applicati.

[12] Va ricordato che già nel 1960, nella causa *Ruhrkohle* l'avvocato generale Lagrange, nelle sue conclusioni, aveva sostenuto che si sarebbe potuto far ricorso alle disposizioni costituzionali nazionali allorché in esse si fosse potuto rintracciare l'espressione di un principio generale utile nell'applicazione del Trattato.

[13] Cfr. Corte giust., 4 febbraio 1959, *F. Stork et Co.* c. *l'Alta Autorità*, causa 1/58, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[14] Cfr. Corte giust., 1 aprile 1965, *M. Sgarlata e altri* c. *la Commissione della Cee*, causa 40/64, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[15] Cfr. Corte giust., 12 novembre 1969, *E. Stauder* c. *Città di Ulm-Sozialamt*, causa 29/69, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[16] Cfr. Corte giust., 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft MBH* c. *Einfuhrund Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

La Corte ribadisce in primo luogo che la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario non può realizzarsi attraverso un richiamo diretto di norme o nozioni di diritto nazionale. Una tale pratica infatti menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. Quest'ultimo «nato dal Trattato, che è una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità».

In secondo luogo i giudici ritornano alla formula già adoperata con la sentenza *Stauder* «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza» per ribadire che l'impossibilità di un richiamo diretto di norme o nozioni di diritto nazionale non significa la negazione di ogni garanzia per i diritti fondamentali, ma la necessità di realizzare una tutela propriamente comunitaria dei suddetti diritti.

In terzo luogo, infine, la Corte fornisce un'ulteriore indicazione in ordine al metodo che intende osservare per realizzare la suddetta tutela: l'analogia con le garanzie apprestate dagli Stati membri. La salvaguardia dei diritti fondamentali, secondo i giudici «pur essendo *informata alle tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità».

Quattro anni più tardi, con la sentenza *Nold* [17] la Corte ritorna su quest'ultima formula, affermando che essa «garantendo la tutela di tali diritti *è tenuta* ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e non potrebbe quindi ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati. I Trattati internazionali relativi alla tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto nell'ambito del diritto comunitario».

Le affermazioni appena ricordate rappresentano una sorta di quadro teorico che accompagna, più o meno costantemente immutato nella sua sostanza, – pensiamo alla sentenza *Hauer* del 1979 [18], alle pronunce *Vittorio Testa* e *National Panasonic* entrambe del 1980 [19], alla sentenza *AM&S* del 1982 [20], alla pro-

---

[17] Cfr. Corte giust., 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 4/73, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[18] Essa al punto 15 riprende le stesse affermazioni fatte dai giudici con la sentenza *Nold.*

[19] Cfr. Corte giust., 19 giugno 1980, *Vittorio Testa, Salvino Maggio e Carmine Vitale* c. *Bundesanstalt fur Arbeit*, cause riunite 41, 121 e 796/79, e Corte giust., 26 giugno 1980, *National Panasonic Limited* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 136/79, sul sito internet *www.curia.eu.int.* In queste pronunce i giudici adottano peraltro una formula leggermente differente. Si legge infatti che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza «conformemente alle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e ai Trattati internazionali cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito».

[20] Cfr. Corte giust., 18 maggio 1982, *AM & S Europe Limited* c. *Commissione delle Comu-*

nuncia *Wachauf* [21] del 1989, alla sentenze *Hoechst* [22] e *Schraeder* ancora del 1989 [23] – il rinvio operato dai giudici alle tradizioni costituzionali comuni.

Questa giurisprudenza che si è avvalsa delle tradizioni costituzionali comuni come fonti di riferimento nell'identificazione dei diritti fondamentali ha trovato poi, a partire dagli anni '90, una sua consacrazione nel diritto scritto dei Trattati [24]. L'art. F attualmente art. 6 della versione consolidata del Trattato sull'Unione Europea stabilisce infatti, al comma 2, che «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario» [25].

---

nità europee, causa 155/79, sul sito internet *www.curia.eu.int*. Anche questa sentenza si distingue per una formulazione leggermente differente della dottrina delle tradizioni costituzionali. Al punto 18 di essa si ha modo di leggere che «il diritto comunitario, derivante da una compenetrazione non solo economica ma anche giuridica, fra gli stati membri, deve tener conto dei principi e delle concezioni comuni ai diritti di questi stati per quanto riguarda il rispetto della riservatezza …».

[21] Cfr. Corte giust., 13 luglio 1989, *H. Wachauf* c. *Repubblica federale di Germania,* causa 5/88, sul sito internet *www.curia.eu.int.* Nella motivazione di questa pronuncia la Corte afferma, al punto 17, che nel garantire la tutela dei diritti fondamentali «essa è tenuta ad informarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti dalle costituzioni di detti Stati».

[22] Cfr. Corte giust., sent. 21 settembre 1989, *Hoechst Ag* c. *Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 46/87 e 227/88, sul sito internet *www.curia.eu.int*. In questa pronuncia ritroviamo al punto 13 l'affermazione che «i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza, conformemente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri …».

[23] Cfr. Corte giust., 11 luglio 1989, *H. Schraeder HS Kraftfutter GMBH & CO* c. *Hauptzollamt Gronau*, causa 265/87, sul sito internet *www.curia.eu.int.* In questa pronuncia i giudici ritornano alla formula adottata nella sentenza *Hauer*.

[24] Secondo P. Ridola, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e «le tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri*, in S.P. Panunzio-E. Sciso, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, Milano, 2002, 98, sarebbe riduttiva una interpretazione dell'art. 6 Tue nel senso della continuità con la giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di diritti fondamentali. «L'art. 6 Tue, infatti, non soltanto sottolinea solennemente, su di un piano generale, l'inserimento dei trattati nel già menzionato filone del costituzionalismo dei diritti su base cooperativa, che trascende i confini degli stati per dilatarsi in uno spazio pubblico europeo allargato, ma più in particolare, esso muove nella direzione del superamento del parallelismo fra competenze e diritti nel sistema comunitario».

[25] A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 25-26, sottolinea, correttamente, che il richiamo alle tradizioni costituzionali comuni contenuto nell'art. 6, n. 2, del Trattato UE «di per sé non comporta la trasformazione dei principi e delle regole da esse risultanti in una fonte del diritto europeo, come accadrebbe se tale disposizione esprimesse

In questo studio concentreremo la nostra attenzione sugli aspetti metodologico-procedimentali del trattamento delle tradizioni costituzionali comuni, accennando agli aspetti contenutistici [26], solo nella misura in cui essi siano utili ai fini dichiarati. Ciò che interessa dunque, in questa sede, è esaminare come vengono utilizzate le tradizioni costituzionali comuni da parte dei giudici comunitari.

Una valutazione del significato del richiamo operato dalla giurisprudenza alle tradizioni costituzionali comuni richiede all'interprete di affrontare la questione cruciale [27] relativa al valore che i giudici attribuiscono alle tradizioni costituzionali comuni, ossia se esse rappresentano una fonte di cognizione (*Erkenntnisquellen*), dalla quale distillare i diritti come principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, o piuttosto se esse costituiscono vere e proprie fonti giuridiche (*Rechtsquellen*), nel senso che esse costituiscono il fondamento di validità della disciplina dei diritti fondamentali enucleata dai giudici comunitari.

In altri termini l'interrogativo fondamentale appare quello del metodo che i giudici utilizzano per lo sviluppo dei diritti fondamentali comunitari sulla base della tradizioni costituzionali comuni. Questa ricerca non appare priva di difficoltà. In assenza di affermazioni esplicite da parte dei giudici in ordine al metodo che essi intendono seguire [28] si tenterà di fornire un contributo alla defini-

---

una vera e propria clausola di "rinvio" …». Secondo l'Autore, il riferimento «suggerisce ai giudici e ed agli altri operatori del diritto, l'uso della Convenzione o delle tradizioni costituzionali comuni come strumenti d'interpretazione privilegiati».

[26] Un'analisi accurata dei possibili contenuti del patrimonio costituzionale europeo, sia per quanto riguarda i principi in materia di diritti fondamentali, sia per quanto concerne i principi in materia di organizzazione costituzionale, viene operata da A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., 29 ss. Sul punto si vedano anche M.D. ROUSSEAU, *La notion de patrimoine constitutionnel européen*, in AA.VV., *Le patrimoine constitutionnel européen*, cit., 16 ss.; nonché M. FIORAVANTI-S. MANNONI, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in AA.VV., *Una costituzione senza Stato*, a cura di G. BONACCHI, Ricerca della Fondazione Lelio e Lisli Basso-Issoco, Bologna, 2001, 27 ss.

[27] Questa questione di teoria delle fonti è stata affrontata per la prima volta da J. ESSER, *Grundsatz und norm*, Tübingen, 1956, 132 ss., in riferimento ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, di cui alla lett. c) dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia. Per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, la dicotomia tra fonti di cognizione e fonti giuridiche è stata applicata innanzitutto ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri di cui all'*ex* art. 215 (ora 288) Trattato CE da G. HOFFMANN-BECKING, *Normaufbau und Methode. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Tubinga, 1973, 349 ss., e poi alle tradizioni costituzionali comuni da H.W. RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft,* Monaco, 1993, 182 e 184.

[28] La scarsa trasparenza in ordine alle scelte metodologiche dei giudici comunitari è stata da sempre criticata in dottrina. Si veda, per tutti, R. STREINZ, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Baden-Baden, 1989, 384.

zione della suddetta questione, articolando la nostra analisi in tre diversi passaggi.

Innanzitutto cercheremo di costruire, attraverso un'analisi del dibattito teorico sui modelli prescrittivi di elaborazione dei diritti fondamentali comunitari, le caratteristiche tipiche dei diversi metodi, da utilizzare come schemi di riferimento con i quali interrogare la giurisprudenza comunitaria.

Ci soffermeremo innanzitutto sui modelli che attribuiscono alle tradizioni costituzionali comuni il ruolo di fonti di produzione della disciplina di quei diritti, e poi su quelle metodiche che gli assegnano invece semplicemente la veste di fonti di cognizione.

Si cercherà di capire, in secondo luogo, quali indicazioni sia possibile trarre dal quadro teorico in cui, come si è visto, viene calato il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, in ordine alla portata effettiva che i giudici comunitari intendono attribuire alle tradizioni costituzionali comuni nello sviluppo dei diritti fondamentali comunitari.

Nell'ultimo passaggio porteremo la nostra attenzione su alcune tra le più significative pronunce della Corte di giustizia per verificare quale metodo possa ritenersi effettivamente utilizzato dai giudici nello sviluppo dei diritti fondamentali comunitari e quindi quale sia il ruolo delle tradizioni costituzionali comuni in questa giurisprudenza.

2. I POSSIBILI METODI DI CONCRETIZZAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI COMUNITARI

La nostra analisi dei possibili metodi di sviluppo dei diritti fondamentali comunitari si concentrerà [29] da una parte sui modelli che attribuiscono alle tradizioni costituzionali comuni il ruolo di fonti della disciplina di quei diritti, per poi

[29] La nostra analisi non toccherà pertanto tutti i possibili metodi di sviluppo dei diritti fondamentali. In particolare non affronteremo l'esame del modello della tutela variabile, ossia del metodo che consiste nell'applicare nella controversia pendente la disciplina dettata dalle disposizioni costituzionali proprie dello Stato del ricorrente che abbia intrapreso un'azione, o direttamente o indirettamente attraverso la sollevazione di una questione d'interpretazione dinanzi ad una giurisdizione nazionale. Esulerà dalla nostra trattazione anche una seconda possibile metodica che consiste nell'attribuire ai diritti fondamentali comunitari quei contenuti in relazione ai quali è possibile constatare un certo grado di convergenza tra i vari ordinamenti nazionali, ossia la tecnica decisionale per la quale in sede di delineazione del diritto fondamentale comunitario non è necessario ricercare una medesima formulazione di una determinata fattispecie in tutti gli Stati membri, quanto piuttosto che una data formulazione possa vantare un riconoscimento prevalente, o che sussista comunque un ragionevole grado di convergenza a favore di essa, o che la formulazione di un dato diritto sia nella sua forma più generale comune a tutti gli ordinamenti.

affrontare l'esame di quelle metodiche che gli assegnano invece semplicemente la veste di fonti di cognizione.

2.1. *Il metodo del massimo standard ed il metodo del minimo comune denominatore*

La caratteristica principale dei metodi che sono riconducibili al primo gruppo, è quella secondo la quale la concretizzazione del contenuto dei diritti fondamentali comunitari deve seguire automaticamente e meccanicamente una soluzione tratta dall'analisi degli ordinamenti nazionali. I giudici dovrebbero procedere ad una analisi sistematica delle tradizioni costituzionali comuni [30] in modo da trasporre a livello comunitario, a seconda delle versioni, o la disciplina che garantisce il massimo standard di tutela o, tutt'al contrario, quella che fornisce il minimo standard di tutela.

Secondo la prima variante, dunque, i giudici dovrebbero analizzare i sistemi giuridici nazionali allo scopo di individuare quella tra le soluzioni proposte in grado di garantire la più ampia tutela alla situazione giuridica di vantaggio di volta in volta in questione. La ricerca della soluzione atta a garantire il massimo standard potrebbe avvenire seguendo due vie diverse [31].

In primo luogo il giudice comunitario dovrebbe procedere alla comparazione della disciplina relativa ai singoli diritti fondamentali nazionali, trasponendo quindi a livello comunitario quella che appare garantire la maggiore tutela al cittadino. Agendo in questo modo i singoli diritti fondamentali verrebbero sviluppati a livello comunitario, di volta in volta, in conformità all'ordinamento più liberale. Il risultato potrebbe essere quello di avere una libertà di manifestazione del pensiero di stampo tedesco, una libertà professionale di marca italiana e così via.

---

[30] D. BORNEMANN, *Die Bedeutung der Grundrechtsquellen für den Grundrechtsschutz und für Grundrechtskollisionen in der Rechtssprechung des Europäischen Gerichthofs*, Hamburg, 2002, 103, ha evidenziato che per individuare le tradizioni costituzionali comuni quali fonti dei diritti fondamentali comunitari, i giudici europei dovrebbero procedere ad un'ampia analisi comparata tesa innanzitutto a ricondurre ad uno standard comune le discipline nazionali dei diritti fondamentali contrassegnate da evidenti differenze sotto il profilo della ampiezza della garanzia assicurata. Essi dovrebbero procedere ad una sistematica analisi comparata, in secondo luogo, per superare le differenze che sussistono nei singoli ordinamenti sotto il profilo della dogmatica dei diritti fondamentali, ed in particolare per quanto concerne la tutela nei confronti degli atti legislativi.

[31] Si veda a questo proposito, A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1978, 458. L'Autore sottolinea che questo metodo funzionerebbe assai semplicemente se esso non fosse utilizzato per sviluppare una disciplina comunitaria dei diritti fondamentali, ma semplicemente per individuare il parametro in relazione al quale eventualmente dichiarare la nullità di un atto comunitario, procedendo al confronto tra caso concreto e singole discipline nazionali.

Una seconda tecnica di individuazione della disciplina di maggior tutela da trasporre a livello comunitario prevede che il giudizio comparativo non venga compiuto sulla disciplina completa di un determinato diritto, ma sulle singole componenti di esso. Pertanto verranno valutate le sfere materiali delle discipline delle situazioni giuridiche di volta in volta interessate, poi saranno oggetto d'attenzione i singoli limiti, per poi analizzare le diverse sfere di efficacia.

Il secondo metodo riconducibile al primo gruppo è quello del minimo comune denominatore tra le tradizioni costituzionali degli Stati membri.

In quest'ipotesi, dunque, i giudici dovrebbero analizzare gli ordinamenti nazionali al fine di determinare quel minimo di disciplina da utilizzare come parametro nella concretizzazione dei diritti fondamentali comunitari.

Come nella variante precedente, i giudici potrebbero pervenire alla definizione del contenuto minimo comune ai vari ordinamenti [32], in diversi modi.

Innanzitutto il giudice potrebbe perseguire il risultato partendo dalle diverse discipline del diritto fondamentale. In questo caso si dovrebbe effettuare la comparazione della disciplina relativa ad ogni singolo diritto fondamentale, trasponendo a livello comunitario quelle disposizioni che risultano comuni ai vari ordinamenti.

La seconda strada possibile è, anche qui, quella di procedere non sulla disciplina completa dei singoli diritti, ma sulle singole componenti in cui si articola la loro disciplina. Il giudice dovrà pertanto effettuare la sua ricerca del contenuto minimo di disciplina comune ai vari ordinamenti innanzitutto comparando le nozioni di quei diritti accolte nei diversi ordinamenti, poi le discipline relative ai limiti, infine la regolamentazione dell'efficacia.

L'ultima opzione per l'individuazione della disciplina comune da mutuare a livello comunitario è quella di una procedura casistica.

Lo sviluppo di una disciplina comunitaria di un determinato diritto fondamentale potrebbe avvenire, in questo caso, solo a seguito di una serie di decisioni con le quali si accerti la difformità degli atti comunitari contestati rispetto alle disposizioni che regolano un determinato diritto fondamentale in tutti gli ordinamenti nazionali.

Nei confronti di entrambe le metodologie ricordate, rispetto all'esaltazione dei pregi, sembra prevalere il coro delle obiezioni e delle critiche.

Nel primo senso sono rare le voci che sottolineano i vantaggi che una politica giudiziale ispirata al metodo del massimo standard di tutela avrebbe, sia per quanto concerne la tutela dei diritti, sia per quanto riguarda l'integrazione. Dal primo punto di vista la possibilità di attingere liberamente ai vari ordinamenti degli Stati membri consentirebbe infatti di avere a livello comunitario una tutela effettiva dei diritti fondamentali. Dal secondo punto di vista si riuscirebbe a salvaguardare l'uniforme applicazione e il primato del diritto comunitario [33].

---

[32] Si veda ancora A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, cit., 459-460.

[33] Sottolinea questi vantaggi, da ultimo, L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximun*

In senso critico si evidenziano innanzitutto le difficoltà operative, talora insormontabili, di cui sarebbe gravata la ricerca della soluzione di volta in volta da trasporre a livello comunitario.

Così, per quanto concerne la soluzione che rappresenti il massimo standard di tutela, si è fatto notare che, anche a non voler considerare l'obiezione secondo la quale i diritti fondamentali sarebbero inidonei ad essere assoggettati a valutazioni di tipo quantitativo [34], non mancano altri ostacoli di tipo operativo. Pensiamo alla circostanza che un determinato diritto possa talvolta ricevere tutela, all'interno di un medesimo testo costituzionale, attraverso una pluralità di disposizioni, o al fatto che le diverse costituzioni degli Stati membri assegnino ai singoli diritti fondamentali un'area di estensione spesso diversa, o, infine, che esistono aree di sovrapposizione e di collisione tra i vari diritti fondamentali dei diversi ordinamenti [35].

Né la ricerca della disciplina maggiormente liberale si profilerebbe più facile qualora l'indagine venisse compiuta sulle singole unità di una determinata disciplina di un diritto fondamentale. Gli ostacoli prima evidenziati si ripresenterebbero, infatti, al diverso livello di ricerca e dunque allorché si procederà a stabili-

---

standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union, in *Common Market Law Review*, 1998, 671.

[34] Secondo M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 32, questa conclusione s'impone visto che «L'esatta portata di un diritto fondamentale emerge dalla trama di relazioni tra i diversi valori che si instaura in un ordinamento: il singolo diritto non si trova mai isolato, o in posizione assoluta, ma sempre in rapporto con altri diritti di contenuto configgente, o con il medesimo diritto riconosciuto ad altri soggetti dell'ordinamento, o ancora con interessi collettivi e generali che operano come limite al diritto preso in considerazione. Il tipo di tutela accordata ad un diritto in ciascun sistema giuridico emerge dalla trama delle relazioni che lo legano agli altri valori protetti dall'ordinamento».

In senso analogo ha motivato l'obiezione dell'impossibilità di stabilire quale sia il massimo standard nella tutela di un determinato diritto J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, in N. NEUWAHL-A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, The Hague, 1995, 60. Considera insoddisfacente tale tipo di argomentazioni L.F.M. BESSELINK, *Entrapped by the maximun standard: on fundamental rights, pluralism and subsidiarity in the European Union*, cit., 639. Secondo l'Autore sarebbe un errore logico dedurre dalla circostanza che nel bilanciamento tra due diritti di una stessa specie viene data la preferenza ad uno nei confronti dell'altro, che nessuno dei due contiene uno standard di tutela. Asserire ciò, secondo Besselink, equivarrebbe a sostenere che i diritti fondamentali non sono realmente tali e alla fine che i diritti non sono nient'affatto diritti.

[35] Così A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, cit., 459. Già in precedenza C. SASSE, *Der Schutz der Grundrechte in den Europäischen Gemeinschaften und seine Lucken*, in H. MOSLER-R. BERNHARDT-M. HILF, *Grundrechtsschutz in Europa*, Heidelberg, 1977, 58 ss., aveva sostenuto essere molto difficile «nei singoli casi, in considerazione delle sovrapposizioni tra le diverse disposizioni dei diritti fondamentali, determinare convincentemente, anche con una dose di approssimazione, quale tra diverse soluzioni sia quella che garantisca una tutela più estesa».

re la nozione del diritto accolta, poi le possibili limitazioni, infine le possibili direzioni della tutela [36].

Anche l'individuazione dello standard minimo da recepire a livello comunitario sarebbe gravato da immancabili difficoltà operative.

Se si esclude infatti l'ipotesi in cui l'assenza di un determinato diritto fondamentale in uno o più ordinamenti rende banale la ricerca del minimo comune denominatore tra le diverse discipline, coincidente per l'appunto nell'assenza di una disciplina, assai complessa si profilerebbe l'opera di individuazione laddove i vari ordinamenti presentino una diversità di garanzie per le singole situazioni giuridiche o comunque riconducano un determinato interesse privato nella sfera di applicazione di più di un diritto fondamentale [37].

Ma, al di là delle difficoltà operative, sono gli approdi dei due approcci metodologici ad apparire per più versi problematici.

Per quanto riguarda, innanzitutto, la proiezione a livello comunitario di singoli diritti fondamentali nella formulazione che appare la più liberale, si è fatto notare come essa rechi con sé il rischio che il risultato così artificialmente raggiunto, pecchi di organicità e di sistematicità [38].

L'approccio del massimo standard, poi, privilegiando una delle discipline nazionali a scapito delle altre, potrebbe causare, si è detto, delle reazioni negative da parte degli Stati «messi in minoranza» [39].

La funzionalità dell'ordinamento comunitario [40], poi, ed in particolare la sua capacità regolativa verrebbe messa in pericolo da una tecnica, come quella di cui si discute, che mirando ad un assemblaggio delle diverse discipline dei diritti fondamentali perviene ad un sistema di diritti che in termini di liberalità non ha eguali rispetto alle singole esperienze nazionali. Un tale rischio sembrerebbe ancora più evidente nell'ipotesi in cui si proceda, poi, applicando la variante analitica.

In terzo ed ultimo luogo, la tecnica in questione sembrerebbe scontrarsi an-

---

[36] Si veda ancora A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, cit., 459.

[37] Si veda in senso analogo R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 180.

[38] Si veda in questo senso R. STADLER, *op. cit.*, 193.

[39] F. SORRENTINO, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario ed in quello italiano*, in AA.VV., *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, 62, rimarca come la teoria del massimo standard rischi di pregiudicare i valori che nell'ambito interno condizionano il godimento dei diritti fondamentali. In senso analogo si veda J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, in N. NEUWAHL-A. ROSAS, *The European Union and Human Rights*, cit., 61.

[40] Così ancora R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 194. Perplessità simili solleva J.H.H. WEILER, *Fundamental rights and fundamental boundaries: on standards and values in the protection of human rights*, cit., 61.

che con i principi fondamentali del diritto comunitario. Essa infatti consentirebbe ad ogni singolo Stato membro di poter influire, attraverso una modifica delle proprie disposizioni relative ai diritti fondamentali, sulla disciplina comunitaria, permettendo ad esso di incidere sensibilmente sull'autonomia dell'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne, invece, il metodo del minimo comune denominatore, il portato di una tale scelta metodologica sarebbe, in primo luogo, un rafforzamento eccessivo delle potenzialità degli organi comunitari di incidere nelle situazioni giuridiche soggettive degli individui, privati di un sistema effettivo di tutela dei diritti [41].

Forgiare la tutela comunitaria sul modello del minimo comune denominatore, senza alcuna sistematicità o logica, se non quella di perseguire sempre e comunque la soluzione meno liberale, reca con sé, poi, il rischio che la violazione degli interessi degli Stati membri che possiedono una disciplina maggiormente garantista, si traduca in un pericolo per l'integrazione [42].

In terzo luogo, una tale scelta non sarebbe neutra nemmeno rispetto all'autonomia dell'ordinamento comunitario. Anche in questo caso, infatti, gli Stati membri, attraverso una modifica del loro dettato costituzionale in tema di diritti fondamentali potrebbero influire sul sistema di tutela comunitario [43].

2.2. *Il metodo della comparazione critica ed il metodo della ponderazione degli interessi*

Coscienti della lunga lista di motivazioni che militano contro uno sviluppo del contenuto dei diritti fondamentali comunitari che segua automaticamente e meccanicamente una soluzione tratta dall'analisi degli ordinamenti nazionali, una larga parte della dottrina propugna una diversa metodologia, che assegna alle tradizioni costituzionali comuni la funzione di semplice fonte di cognizione.

La caratteristica propria di quest'approccio metodologico risiede nella circostanza che la definizione dei diritti fondamentali comunitari non avviene mutuando automaticamente, sulla base di una formula predeterminata, la soluzione tratta dall'analisi comparata degli ordinamenti nazionali. Si dovrebbe procedere, piuttosto, innanzitutto ad analizzare le tradizioni costituzionali comuni per definire il materiale di base, con il quale poi pervenire, a seguito di un giudizio valutativo, allo sviluppo della fattispecie del diritto fondamentale. Si avrebbe, pertanto, una combinazione di tre diversi metodi interpretativi, quello comparato

---

[41] Per questa tesi si veda ancora R. STADLER, *op. cit.*, 182.

[42] Così R. STADLER, *op. cit.*, 183.

[43] Così ancora R. STADLER, *op. cit.*, 184.

innanzitutto, insieme a quello teleologico e a quello sistematico. I risultati dell'analisi comparata potrebbero consentire ai giudici comunitari di sviluppare la loro opera ermeneutica solo una volta sottoposti ad una lettura sistematica e teleologica [44].

Una prima tecnica decisionale che può essere ricondotta a quest'approccio metodologico è quella cosiddetta della comparazione valutativa [45].

Questo modello decisionale si articola in due diverse operazioni.

Innanzitutto i giudici dovrebbero indagare le modalità di tutela accordate nei singoli ordinamenti nazionali ad una determinato diritto fondamentale. In questo primo stadio, dunque, ciò che interessa è stabilire l'ampiezza della nozione accolta di una data situazione giuridica nei singoli ordinamenti, nonché l'ampiezza delle limitazioni ad essa legittimamente opponibili, allo scopo di pervenire alla delineazione della soluzione del conflitto tra interesse privato ed interesse pubblico, proposta dalle varie disposizioni nazionali [46].

In secondo luogo i giudici dovrebbero individuare tra le varie, proposte dagli ordinamenti nazionali, la soluzione migliore per l'ordinamento comunitario.

---

[44] Si veda a questo proposito J. ANWEILER, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, Francoforte, 1997, 340. Secondo C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, in AA.VV., *The Use of Comparative law by Courts*, a cura di U. DROBNIG-S. VAN ERP, Londra, 1999, 103, nell'individuazione dei principi generali del diritto comunitario, i giudici della Corte devono cercare dei criteri riferendosi alle convinzioni e ai valori comuni dei popoli europei. I giudici della Corte devono pertanto «… riferirsi innanzitutto alle legislazioni degli Stati membri, nelle quali sono riflesse queste convinzioni e questi valori e nel caso questa ricerca non dia i frutti sperati essi devono rivolgersi direttamente a questi valori e convincimenti … La prima tappa costituisce precisamente la tecnica giuridica del metodo comparato. Dal modo in cui questo metodo viene utilizzato, si può chiaramente dedurre che esso è al servizio dell'interpretazione teleologica …».

[45] Tra i primi sostenitori di questo metodo, si vedano K. ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *Rabels Zeitschriften*, 1964, 611, secondo il quale esso sarebbe da utilizzare non soltanto in sede comunitaria ma in generale in tutti i settori in cui deve essere condotta una ricerca comparata, e E.W. FUSS, *Rechtssatz und Einzelakt im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1964, 945 ss. Secondo J. UKROW, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGh*, Baden-Baden, 1995, 122, nella loro attività di sviluppo del diritto, i giudici comunitari si devono orientare ai principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri. A questo proposito la comparazione giuridica rappresenta una metodologia eccellente in quanto fornisce il materiale con il quale essi possono concretizzare il principio generale comunitario. L'Autore però sottolinea come la comparazione non possa «sostituire questo procedimento di concretizzazione» e questo perché essi devono tenere in considerazione anche altri principi o punti di vista oltre quelli propri degli Stati membri e pertanto si rende necessario un processo di comparazione valutativa.

[46] Sottolinea questi tratti del modello R. STADLER, *op. cit.*, 201.

Il parametro di questa valutazione dovrebbe essere l'idoneità rispetto alla struttura e ai fini dell'ordinamento comunitario [47]. Si dovrebbe stimare per ogni soluzione nazionale, da una parte, se essa assecondi gli elementi strutturali dell'ordinamento comunitario, primo tra tutti il perseguimento dell'integrazione economica, e dall'altra, se essa consenta di limitare gli interessi individuali per il perseguimento delle finalità comunitarie, sia di quelle generali sia di quelle tipiche delle diverse politiche previste dai Trattati [48]. La soluzione che dovrà es-

---

[47] Va segnalato, peraltro, come secondo altri, il giudizio sull'armonia rispetto alle finalità del Trattato avrebbe un carattere sussidiario. La prima valutazione che i giudici dovrebbero compiere dovrebbe essere ispirata ai criteri dell'utilità e della giustizia. Si tratterebbe pertanto di individuare la soluzione migliore, ossia quella più appropriata e giusta in senso assoluto, e solo in un secondo momento, a fronte di soluzioni nazionali di eguale valore, soccorrerebbe, come si è detto, come criterio sussidiario quello della maggiore armonia rispetto alle finalità e agli obiettivi del Trattato.

Per questa tesi si veda K. ZWEIGERT, *Rechtsvergleichung*, in STRUPP-SCHLOCHAUER, *Wörterbuch des Volkerrechts*, vol. III, 1962, 81. Nell'ipotesi in cui, poi, esistesse più di una soluzione nazionale che si profilasse adeguata all'ordinamento comunitario, i giudici sarebbero liberi di scegliere. In questo senso ancora K. ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, cit., 611. Si è sostenuto, da altri, che lo scrutinio in ordine alla compatibilità della soluzione con le necessità dell'ordinamento comunitario sia completato da una valutazione della non contraddittorietà di essa con ciascuna delle normative costituzionali nazionali. Si tratta della tesi cosiddetta dello «standard massimo relativizzato, in funzione di controllo negativo» proposta da R. STREINZ, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, cit., 434 ss. L'Autore ritiene che il risultato dell'analisi comparativa dovrebbe essere sottoposto, prima di una sua promozione a livello comunitario, ad un test di non contrarietà con le costituzioni degli Stati membri, il cui esito negativo renderebbe la soluzione stessa inaccettabile. Tra i primi sostenitori dell'impossibilità di definire come diritto fondamentale del diritto comunitario una soluzione che si profilasse in contrasto con quella accolta da uno degli Stati membri si veda K. HAILBRONNER, *Ziele und Methoden völkerrechtlich relevanter Rechtsvergleichung*, in *Zeitschrift des Öffentliches Rechts und Volkerrechts*, 1976, 220, il quale afferma che nell'ipotesi in cui i giudici si trovassero a dover sviluppare un diritto fondamentale a partire da alcune soluzioni nazionali, dovrebbero orientare la loro scelta non a favore della soluzione migliore ma di quella in un certo senso anticipatrice di quanto anche implicitamente proprio degli altri ordinamenti.

[48] L'idea che la valutazione andrebbe dunque compiuta sempre in concreto con riferimento all'ordinamento comunitario, sembra essere riconducibile a G. HOFFMANN-BECKING, *Normaufbau und Methode. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, cit., 369-370, secondo il quale sono le disposizioni e i valori del diritto comunitario scritto che costituiscono i parametri che devono indirizzare l'opera ermeneutica dei giudici comunitari. Anche secondo J. BOULOUIS, *A propos de la fonction normative de la jurisprudence, Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la CJGE*, in *Mélanges offerts a Marcel Waline*, Parigi, 1974, 154, nella sua scelta il giudice appare guidato dall'attitudine della regola ad entrare a far parte dell'ordinamento comunitario e dall'attitudine di quest'ultimo ad accoglierla. In senso analogo H. KUTSCHER, *Methods of interpretation as seen by a judge at the Court of Justice*, Lussemburgo, 1976, 29, ritiene che la «best possible solution» che la

sere adottata, la soluzione cosiddetta migliore, sarà quella che si armonizzerà nel migliore dei modi con i suddetti fini ed obiettivi e sarà capace di offrire un soddisfacente bilanciamento tra interessi della Comunità e interessi degli individui [49].

Qualora nessuna delle soluzioni nazionali, prese singolarmente, risponde a queste caratteristiche, la soluzione da adottare sarà il risultato o di un adattamento tra una o più delle singole disposizioni nazionali oppure di una commistione tra elementi normativi nazionali ed elementi normativi comunitari [50].

Se, dunque, questa prima tecnica decisionale potrebbe condurre in alcuni casi, come si è visto, a trasporre, in maniera non troppo dissimile dai metodi quantitativi precedentemente analizzati, soluzioni proprie degli ordinamenti nazionali [51], ad esiti diversi appare pervenire la seconda tecnica decisionale che può esse-

---

Corte deve individuare, sia quella che si adegui agli obiettivi specifici e ai principi di base della Comunità, nella maniera più soddisfacente.

[49] Così R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 203-205, ritiene che la valutazione dei giudici sia guidata dalla struttura e dalle finalità dei Trattati. Naturalmente il fatto che nel bilanciamento partecipano interessi legati alla dimensione comunitaria potrebbe condurre a limitazioni più intense delle situazioni soggettive individuali di quanto sia ritenuto legittimo in sede nazionale. Si veda in questo senso O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, vol. I, a cura di R. NANIA-P. RIDOLA, Torino, 2001, 120.

[50] Si veda in questo senso R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 203. Secondo K. ZEMANEK, *Was Kann die Vergleichung staatlichen Öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten?*, in *Zeitschrift des Öffentliches Rechts und Volkerrechts*, 1964, 463-464, la soluzione migliore può essere rintracciata in una di quelle proprie degli ordinamenti nazionali, oppure può essere rappresentata da una combinazione tra segmenti tratti dalle singole soluzioni nazionali. G. HOFFMANN-BECKING, *Normaufbau und Methode. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, cit., 370, ritiene che «la regola comunitaria non rappresenta normalmente né l'adozione della regola propria di un singolo ordinamento nazionale, né la combinazione di disposizioni nazionali, ma una nuova creazione dal diritto nazionale e dal diritto comunitario. L'influsso comunitario determina una combinazione del tutto nuova che può essere assolutamente diversa da quella che apparirebbe come risultato di una ricerca comparatistica che avesse come scopo l'unificazione giuridica».

Secondo A. BREDIMAS, *Methods of Interpretation and Community law,* Londra, 1978, 126-127, il metodo della «critical comparison» richiede al giudice di considerare se un principio sia in grado di entrare a far parte dell'ordinamento comunitario e se l'ordinamento comunitario sia in grado di assorbirlo. Esso dovrebbe scegliere la soluzione maggiormente progressista ossia quella che si presenti in sintonia con il tenore economico e politico della Comunità ed i suoi obiettivi. Talvolta questa soluzione è rappresentata dalla regola propria di uno Stato membro. Se le diverse soluzioni nazionali presentano profili comuni, esse possono essere utilizzate dai giudici come base di partenza, in caso contrario essi dovranno valutare le differenze e tentare una riconciliazione, in considerazione degli obiettivi della Comunità. In questi casi pertanto è la finalità che diventa l'elemento decisivo della valutazione del giudice.

[51] I. PERNICE, *Art. 164 EVG*, in E. GRABITZ-M. HILF, *Das Recht der Europäischen Union*,

re ricondotta all'approccio metodologico che propugna una considerazione delle tradizioni costituzionali comuni come mere fonti di cognizione della disciplina comunitaria dei diritti fondamentali, quella cosiddetta della «ponderazione degli interessi» [52].

Essa appare per alcuni versi diversa rispetto alla prima metodologia decisionale. Non si tratta, come in precedenza, di analizzare le modalità di tutela accordate nei singoli ordinamenti nazionali ad una determinato diritto fondamentale, al fine di stabilire l'ampiezza della nozione accolta di una data situazione giuridica nei singoli ordinamenti, nonché l'ampiezza delle limitazioni ad essa legittimamente opponibili, onde pervenire alla delineazione della soluzione del conflitto tra interesse privato ed interesse pubblico, proposta dalle varie disposizioni nazionali, allo scopo ultimo di trasporre a livello comunitario una di queste, completamente o parzialmente.

Ciò che importa [53] per il giudice è stabilire, innanzitutto, quali interessi privati siano tutelati dalle diverse normative costituzionali nazionali, e quali limiti la loro garanzia incontra nelle stesse. In questo primo stadio decisionale pertanto ciò che viene ricercato non è tanto l'ampiezza della tutela di un determinato diritto, la sua direzione, i suoi possibili limiti, né tanto meno definire con precisione quali sono gli interessi pubblici in vista dei quali i diritti individuali possono essere limitati. Il giudice dovrà appuntare la sua attenzione sul *se* un determinato interesse privato viene tutelato negli ordinamenti nazionali e sul *se* questo stesso interesse trova limitazione nella garanzia di contrapposti interessi pubblici.

Una volta compiuta questa prima operazione di definizione degli interessi privati meritevoli di tutela e dei limiti di tale garanzia alla luce degli ordinamenti nazionali, i giudici potranno decidere, tenendo presenti le necessità dell'ordinamento comunitario, quale formulazione dare al diritto fondamentale, potranno decidere dunque dove debba correre il confine tra interessi privati ed interessi pubblici in un determinato settore, controllando poi, in relazione al principio di ragionevolezza, se le misure di attuazione concreta degli interessi pubblici siano adatte e necessarie e se l'incisione del diritto fondamentale non risulti sproporzionata rispetto ai suoi stessi fini.

La discrezionalità che appare connotare entrambi i metodi di sviluppo dei diritti fondamentali da ultimo analizzati, è stata diversamente valutata.

Monaco, 1995, 23, ritiene che una scelta tra diverse soluzioni nazionali e la trasposizione di una di esse nell'ordinamento comunitario metta in discussione il carattere autonomo della definizione dei diritti fondamentali comunitari che pure le tesi in questione assumono di voler salvaguardare.

[52] La paternità di questa tecnica decisionale per lo sviluppo dei diritti fondamentali comunitari è da attribuire a A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, cit., 460-461.

[53] Si veda ancora A. BLECKMANN, *Zur Entwicklung europäischer Grundrechte*, cit., 460-461.

Da una parte sono stati sottolineati i suoi pregi.

Il primo e più ovvio di essi, figlio del rifiuto di standard quantitativi, è stato indicato nell'alta dose di flessibilità che essi consentono, ossia la possibilità di sviluppare i diritti fondamentali comunitari senza alcun automatismo solo dopo aver ponderato accuratamente i vantaggi e gli svantaggi delle diverse opzioni in campo [54].

L'accoglimento della prospettiva valutativa risulterebbe vantaggioso, in secondo luogo, sia per l'assenza delle problematiche di tipo operativo, tipiche delle procedure aritmetiche di definizione dei diritti fondamentali, sia per la possibilità che essa dischiuderebbe di addivenire a ponderazioni tra interessi pubblici e interessi privati assai più soddisfacenti rispetto a quelle consentite in una prospettiva di tipo quantitativo [55].

In ultima istanza i metodi qualitativi, in virtù dell'accento posto in sede di valutazione sulle caratteristiche dell'ordinamento di ricezione, renderebbero il risultato dell'opera ermeneutica dei giudici indifferente alle eventuali modifiche della disciplina dei diritti fondamentali che dovessero intervenire negli ordinamenti costituzionali nazionali, consentendo in questa maniera di garantire adeguatamente i principi di autonomia ed indipendenza dell'ordinamento comunitario [56].

Dall'altra parte, si è rimarcato come l'opera ermeneutica condotta con valutazioni di tipo qualitativo appaia contrassegnata da un grave difetto. Essa, infatti, sembrerebbe aprire ai giudici una latitudine di giudizio eccessiva. Tutti i criteri che dovrebbero guidare e circoscrivere la discrezionalità valutativa dei giudici appaiono, di fatto, inidonei. Il rischio che la scelta di tali modelli giudiziali recherebbe con sé, sarebbe pertanto quello di un decisionismo giudiziale in grado di porre in pericolo il valore della sicurezza giuridica [57].

---

[54] Sottolinea come quella dell'elasticità sia la caratteristica propria del metodo della comparazione critica, G. NICOLAYSEN, *Der Gerichtshof Funktion und Bewahrung der Judikative*, in *Europarecht*, 1972, 383.

[55] Per queste valutazioni si veda ancora R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 200.

[56] Si veda ancora, a questo proposito R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 201.

[57] Per queste critiche si veda K.M. MESSEN, *Zur Theorie allgemeiner Rechtsgrundsatze des internationalen Rechts: der Nachweis allgemeiner Rechtsgrundsatze des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1974, 302. Si esprime assai criticamente sul punto anche I. PERNICE, *Art. 164 EVG.*, in E. GRABITZ-M. HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, cit., 23.

3. Il valore delle tradizioni costituzionali comuni nell'inquadramento teorico tracciato dai giudici comunitari

L'accertamento del valore delle tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza dei giudici comunitari deve toccare innanzitutto, come ci eravamo ripromessi, il quadro teorico in cui quei giudici inseriscono il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni.

La prima tessera del ragionamento giudiziale sulla quale appare opportuno soffermarsi è quella secondo la quale eventuali questioni relative alla violazione di diritti fondamentali da parte di atti emanati dagli organi comunitari siano valutate *unicamente alla stregua del diritto comunitario*. Secondo i giudici infatti «eventuali questioni relative alla violazione dei diritti fondamentali mediante atti emanati dalle istituzioni della Comunità possono essere valutate unicamente alla stregua del diritto comunitario. Il richiamo a criteri di valutazione speciali, propri della legislazione o del sistema costituzionale di uno Stato membro, incrinerebbe inevitabilmente l'unità del mercato comune e comprometterebbe la coesione della Comunità, giacché menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario»[58].

Nella tutela dei diritti fondamentali la Corte «*è tenuta ad ispirarsi* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri …».

Il primo dato certo che emerge dal ragionamento giudiziale è il rifiuto di attribuire una rilevanza diretta delle disposizioni costituzionali nazionali nell'ordinamento comunitario[59]. Essa contrasterebbe, infatti, irrimediabilmente con il principio dell'autonomia di quell'ordinamento.

I giudici, però, non si limitano a negare ogni rilevanza diretta dei materiali normativi nazionali ma riconoscono un ruolo ai suddetti materiali, quello di fattori di ispirazione della disciplina comunitaria dei diritti fondamentali. Dichia-

---

[58] Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1979, *L. Hauer* c. *Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, punto 14 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.* Nella già citata pronuncia *Internationale Handelsgesellschaft* i giudici si erano espressi in termini simili sostenendo, al punto 3 della motivazione, che «il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emanati dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma del diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una Costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato».

[59] Una rilevanza di questo genere era stata caldeggiata agli albori della Comunità. Si veda in questo senso W. Thieme, *Das Grundgesetz und die Öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften*, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1960, 53 ss.

rando di essere tenuti ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali, i giudici sembrano abbracciare l'idea di un vincolo, anche se non di tipo diretto, ai valori espressi dalle carte nazionali e pertanto sembrano concordare sulla necessità di declinare il principio di autonomia dell'ordinamento comunitario in modo non troppo spinto, ossia senza recidere del tutto i legami tra quell'ordinamento e gli ordinamenti nazionali [60].

Ciò che i giudici non chiariscono è dove sia ricavabile questa necessaria rilevanza dei valori costituzionali nazionali per l'ordinamento comunitario.

La dottrina che si è interrogata sulla questione ha evidenziato come diversi possano essere i modi di fondare questo irradiamento dell'ordinamento comunitario con i valori costituzionali nazionali, senza concepire un vincolo diretto alle norme degli ordinamenti statali.

Si è fatto riferimento, ad esempio, all'art. 220 del Trattato CE, ora art. 288 della versione consolidata, che attesterebbe la fondamentale idoneità per lo sviluppo giuridico dell'ordinamento comunitario del ricorso agli ordinamenti interni degli Stati membri, al di là della materia della responsabilità extracontrattuale per la quale la disposizione espressamente ne prevede il rinvio [61].

Si è ipotizzato, invece, che il fondamento del rinvio agli ordinamenti nazionali sia da rintracciare nello stesso concetto di diritto di cui all'art. 164 del Trattato CE, ora 220 della versione consolidata. Esso, si è detto, andrebbe al di là delle norme positive del diritto comunitario per abbracciare i fondamentali orientamenti di valore espressi dalle costituzioni nazionali, che emergono anche nel te-

---

[60] Questa necessità è stata sottolineata da più parti in dottrina. Si veda in questo senso G. ZIEGER, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Eine Untersuchung der Allgemeinen Rechtsgrundsatze*, in *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts*, N.F., 1973, 342; I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., 211; G. HOFFMANN-BECKING, *Normaufbau und Methode. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften*, cit., 371 ss.; M. HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Communities*, in DE MESTRAL et al. (ed.), *The limitation of human rights in comparative constitutional law*, Cowanswille, 1986, 552.

Pur riconoscendo che i diritti fondamentali comunitari possano essere concretizzati solo attraverso la comparazione degli ordinamenti costituzionali nazionali, critica le diverse tesi di un vincolo, sia diretto che indiretto, dell'ordinamento comunitario agli ordinamenti nazionali e nega che la Corte ne abbia ammesso l'esistenza, R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 169 e 81 ss.

[61] Così ad esempio K. ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, cit., 610, e H.P. IPSEN, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tubinga, 1972, 114. Più di recente nel medesimo senso si è espresso P. JANN, *Der Ruckgriff auf die nationalen Rechte in der Tätigkeit des Europäischen Gerichtshofes*, in AA.VV., *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, a cura di G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS-O. DUE-R. SCHINTGEN-C. ELSEN, Baden-Baden, 1998, 257. Critici sulla possibilità di attribuire al riferimento di cui all'art. 215 del Trattato CE un significato generale sono G. RESS, *Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht internationaler Organisationen*, in *Zeitschrift für ausländisches Öffentliches Recht und Volkerrecht*, 1976, 262, e R. STADLER, *Die Berufsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 135.

sto della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e alla cui attuazione cooperativa sono chiamati gli organi comunitari [62].

Si è indicato, ancora, nell'art. 247 Trattato CE, attuale 313 nella versione consolidata, il punto di appoggio dell'obbligo degli organi comunitari di rivolgersi agli ordinamenti degli Stati membri. Questa disposizione, infatti, laddove prevede che «Il presente trattato sarà ratificato dalle Alte Parti contraenti *conformemente alle loro norme costituzionali rispettive*» si riferirebbe non solo agli aspetti procedimentali della ratifica dei Trattati internazionali ma anche ai contenuti materiali delle Carte costituzionali nazionali. Essa rappresenterebbe, pertanto, un trasformatore generale che esprimerebbe la validità giuridica per l'ordinamento comunitario dei valori sui quali poggiano le disposizioni costituzionali nazionali [63].

Un obbligo nei confronti dei contenuti di valore espressi nei documenti costituzionali degli Stati membri discenderebbe, invece, secondo altri, da alcuni principi fondamentali dell'ordinamento comunitario come il principio della fedeltà comunitaria [64] o il principio dell'interpretazione del diritto comunitario in conformità alle Costituzioni nazionali [65].

Di recente, si è asserito [66] che una funzione analoga al principio della lealtà co-

---

[62] In questo senso si veda ad esempio I. PERNICE, *Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., 49 ss. e ID., *Art. 164 EVG*, in E. GRABITZ-M. HILF, *Das Recht der Europäischen Union*, cit., 17.

[63] Si veda per questa ipotesi G. HOFFMANN-BECKING, *Normaufbau und Methode. Eine Untersuchung zur Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften*, cit., 373-374.

[64] K. ZWEIGERT, *Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in *Rabels Zeitschriften*, cit., 620, ha ipotizzato che il principio della fedeltà comunitaria, ricavabile dall'art. 5 Trattato CE, ora 10 della versione consolidata, sia fonte di una duplicità di obblighi reciproci tra i due ordinamenti. Da una parte si avrebbe l'obbligo degli Stati membri al perseguimento di un comportamento leale nei confronti della Comunità. Dall'altra ne deriverebbe l'obbligo di quest'ultima al rispetto degli ordinamenti nazionali ossia a non realizzare comportamenti capaci di incidere negativamente nelle disposizioni costituzionali fondamentali.

[65] Secondo K.H. FRIAUF, *Die Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung im Recht der westeuropäischen Gemeinschaften*, in *Archiv für Öffentliches Recht*, 1960, 231, il potere della Comunità si fonda sui Trattati e pertanto deriva dalla volontà comune degli Stati membri che sono vincolati alle loro carte nazionali. Tale vincolo non può essere indifferente per gli organi comunitari visto che gli effetti interni del diritto comunitario presuppongono necessariamente l'ordine di esecuzione dei singoli ordinamenti nazionali. Gli organi comunitari non sarebbero, pertanto, obbligati a considerare le costituzioni degli Stati membri norme giuridiche vincolanti come tali, ma sarebbero obbligati all'atto di interpretare il diritto comunitario, ed in presenza di casi dubbi, a far prevalere quelle letture che si dimostrino maggiormente compatibili con il dettato costituzionale degli Stati membri.

[66] Per questa posizione si veda C. SOBOTTA, *Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union*, Baden Baden, 2001, 306.

munitaria può essere riconosciuta al principio dell'integrazione, che troverebbe la sua espressione sia nel Trattato sulla Comunità europea, nel preambolo nonché nel testo dell'art. 2, sia nel Trattato sull'Unione europea, ancora una volta nel preambolo e ai commi 2 e 3 dell'art. 1.

Ebbene questo principio si caratterizzerebbe per la sua duplice finalizzazione: da una parte agli interessi degli Stati membri, dall'altra agli interessi dei cittadini dell'Unione. Per perseguire questi ultimi e ottenere l'accettazione sociale, il diritto comunitario non potrebbe non tener conto di quelle idee di valore che dovrebbero costituire la base di ogni ordinamento. I giudici comunitari dovrebbero pertanto «sviluppare una grossa sensibilità per la collisione tra convincimenti giuridici che sono potenzialmente in grado di mettere in pericolo la coesione dell'Unione, allorché il disinteresse per alcuni contenuti giuridici conduce a soluzioni che potrebbero non essere accettabili per i singoli ordinamenti giuridici». In altri termini i giudici comunitari dovrebbero fare propri quei contenuti giuridici che si profilano come indispensabili affinché l'ordinamento comunitario possa godere di legittimazione sociale e non andare incontro al rischio di un suo dissolvimento.

Si è parlato, da parte di altri autori, infine, di un fondamento implicito. Il rinvio agli ordinamenti nazionali si giustificherebbe giacché il potere pubblico comunitario è necessariamente gravato da quei vincoli che limitano il legislatore interno all'atto della ratifica dei Trattati comunitari. La limitata competenza all'integrazione degli organi statali imporrebbe all'ordinamento comunitario di prevedere necessariamente tutte quelle disposizioni richieste dalle disposizioni costituzionali nazionali [67].

Il ragionamento della Corte, si ripete, non consente di accertare [68] a quale delle diverse ricostruzioni i giudici aderiscano, ciò nondimeno i giudici condividono un tratto che accomuna tutti le opinioni dottrinali ricordate, ossia la necessità di coniugare l'autonomia dell'ordinamento comunitario da una parte e l'interdipendenza tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario in tema di diritti fondamentali dall'altro, attraverso il medium delle tradizioni costituzionali degli Stati membri considerate come fattori di ispirazione della disciplina comunitaria di quei diritti.

Una simile conclusione sembrerebbe vacillare in seguito alla lettura dell'ultimo brano dell'inquadramento teorico proposto dai giudici comunitari. Essi affermano che nel garantire la tutela dei diritti fondamentali essi, non solo, *sono tenuti* ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli ordinamenti degli Stati

---

[67] Si veda H. Claudi, *Die Bindung der EWG an Grundrechte*, Monaco, 1976, 391-392.

[68] G. Zieger, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Eine Untersuchung der Allgemeinen Rechtsgrundsatze*, in *Jahrbuch Öffentliches Recht*, cit., 343, sostiene che il riferimento al riconoscimento dei diritti fondamentali nel diritto comunitario, contenuto nella sentenza *Stauder*, può essere considerato come caso semplificativo del principio di lealtà comunitaria.

membri, ma *non potrebbero ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali, riconosciuti e garantiti dalle costituzioni degli Stati membri*[69].

L'analisi della formula adoperata potrebbe far pensare che la Corte manifesti la volontà di assicurare che nessuna misura comunitaria violi di fatto una garanzia costituzionale in alcuno degli Stati membri. In questo modo la Corte, in maniera del tutto diversa da quanto sinora sostenuto, sembrerebbe voler delineare la tutela dei diritti fondamentali secondo quei criteri speciali propri dei singoli ordinamenti nazionali, ossia sembrerebbe voler accettare la tesi di un vincolo diretto agli ordinamenti nazionali che prima aveva rifiutato.

Se, peraltro, si ritenessero sussistenti sufficienti indizi per concludere a favore del secondo corno dell'alternativa, il quadro teorico porrebbe un ulteriore interrogativo. Quale significato riveste l'aggettivo *comune* con il quale i giudici connotano le tradizioni costituzionali? Sta ad indicare che la loro opera di definizione di un diritto fondamentale è subordinata all'esistenza di una disciplina identica in tutti gli Stati membri? O, invece, la formula alluderebbe ad un vincolo relativo, che rileverebbe solo nell'ipotesi in cui le operazioni ermeneutiche condotte dai giudici avessero delineato l'esistenza di una tradizione costituzionale comune, essendo liberi in caso contrario di determinare la portata del diritto fondamentale sulla base di un numero più ristretto di tradizioni? Ed in quest'ultimo caso a quale tradizione si ispireranno?

Questa prima verifica giurisprudenziale non sembra consentire conclusioni univoche in ordine alla portata effettiva che i giudici intendono attribuire alle tradizioni costituzionali nell'opera di elaborazione dei diritti fondamentali comunitari.

Se infatti, come si è visto, la Corte sembra voler riconoscere alle tradizioni costituzionali comuni il valore di fonti di cognizione, dalle quali essi distillano i diritti come principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, non mancano nemmeno indizi che potrebbero indurre a concludere in senso contrario.

4. Il valore delle tradizioni costituzionali comuni per i giudici comunitari: il metodo di sviluppo dei diritti fondamentali comunitari in alcune significative pronunce giurisprudenziali

È dunque alle soluzioni concrete delle questioni sottoposte ai giudici che ci dobbiamo ora rivolgere per tentare di capire quali risposte in ordine al metodo effettivamente utilizzato dai giudici nello sviluppo dei diritti fondamentali comunitari e quindi al ruolo delle tradizioni costituzionali comuni possano essere avanzate.

---

[69] Cfr. Corte giust., 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 4/73, punto 13 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

Inizieremo a testare, innanzitutto, l'ipotesi, che come si è appena visto il quadro teorico sembrerebbe supportare, secondo la quale i giudici attribuiscano alle tradizioni costituzionali comuni il ruolo di fonti della disciplina comunitaria dei diritti fondamentali e che pertanto essi adottino tecniche di sviluppo di quei diritti coerenti con quel disegno.

La prima ipotesi che occorre sottoporre al vaglio dell'esame giurisprudenziale è quella secondo la quale i giudici sarebbero inclini a delineare la tutela comunitaria secondo il modello del massimo standard, ossia seguendo quella disciplina nazionale che garantisca la tutela più estesa.

Due sentenze addensano non pochi dubbi su quest'ipotesi interpretativa.

Nella pronuncia *Hoechst* [70] ad esempio, si discuteva del riconoscimento di un diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio per quanto riguarda le imprese. I giudici comunitari si sono espressi negativamente, motivando la loro scelta sul dato che «i sistemi giuridici degli Stati membri presentano differenze non trascurabili quanto alla natura ed alla misura della tutela dei locali commerciali nei confronti degli interventi delle pubbliche autorità». A questa conclusione la Corte è arrivata benché l'Avvocato generale Mischo, pur constatando l'esistenza di alcune divergenze tra i vari Stati in ordine all'estensione della tutela della libertà di domicilio ai locali aziendali delle persone giuridiche, avesse ritenuto rintracciabile una «tendenza generale» nel senso di una equiparazione ed avesse pertanto concluso a favore di un'ammissione dell'esistenza a livello comunitario del diritto fondamentale all'inviolabilità dei locali commerciali.

La sentenza *Orkem* [71] è un ulteriore caso in cui i giudici affermano una soluzione che è in contrasto con la disciplina costituzionale di alcuni Stati membri. Si discuteva in questo procedimento, del riconoscimento del diritto di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza. Ebbene i giudici ritengono che il diritto di non testimoniare contro se stessi sia riconosciuto in via generale negli ordinamenti giuridici degli Stati membri solo all'imputato in un procedimento penale e pertanto nega che possa parlarsi di un principio comune in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica. A questo rifiuto la Corte perviene, anche questa volta, tenendo in non cale la circostanza che alcuni degli Stati membri prevedevano una tutela maggiormente garantistica per l'individuo.

Come si è visto in precedenza coerente con una visione delle tradizioni costituzionali comuni come fonti della disciplina di quei diritti, è anche il metodo secondo il quale la concretizzazione del contenuto dei diritti fondamentali comu-

---

[70] Cfr. Corte giust., 21 settembre 1989, *Hoechst Ag* c. *Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 46/87 e 227/88, punto 17 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[71] Cfr. Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem Sa, ex Cdf Chimie Sa* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

nitari deve seguire la soluzione che fornisce il minimo standard di tutela.

Non mancano indizi nella giurisprudenza che potrebbero indurre a ritenere che i giudici comunitari tendano a modellare i diritti fondamentali secondo lo standard minimo di tutela.

Partiamo dalla pronuncia *Hauer*[72]. La Corte era chiamata a valutare la compatibilità del regolamento 1162/76 in materia di limiti alla viticoltura con il diritto fondamentale di proprietà ed il diritto fondamentale all'esercizio dell'attività professionale. Dovendo dunque stabilire il contenuto di questi diritti a livello comunitario, i giudici dichiarano con riferimento al diritto di proprietà, innanzitutto, che esso «è tutelato alla stregua dei principi *comuni alle costituzioni degli Stati membri* …». Quanto poi ai limiti di esso, la Corte ritiene che il regolamento in causa contenga «limitazioni note, in forme identiche o analoghe, *all'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri*, e da questo riconosciute legittime». Entrambi questi passaggi consentirebbero di opinare che i giudici intendano riconoscere a livello comunitario i diritti fondamentali nella consistenza che essi hanno in tutti gli ordinamenti degli Stati membri[73].

Altro indizio[74] può essere ricavato dalle pronunce sopra ricordate, la *Orkem*[75] e la *Hoechst*[76], laddove la Corte conclude negativamente in ordine al riconoscimento dei diritti in contestazione, motivando tale decisione con l'assenza di un'eguale disciplina in tutti gli Stati membri. La sentenza *Hoechst*, poi, potrebbe fornire un ulteriore indizio di un tale orientamento[77]. Essa infatti, come si è già detto, da una parte nega il riconoscimento a livello comunitario del diritto all'inviolabilità dei locali commerciali, dall'altra riconosce invece il fondamentale diritto all'inviolabilità del domicilio privato delle persone fisiche che, come si apprende dalla lettura dell'analisi comparativa condotta dall'Avvocato generale Mischo, è comune alle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri.

Un altro indice[78], infine, nella direzione dell'accoglimento del paradigma dello standard minimo di tutela, potrebbe essere rappresentato dalla circostanza che la Corte affermi in alcune sentenze che un determinato diritto fondamenta-

---

[72] Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1979, *L. Hauer* c. *Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, punti 17 e 22 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[73] Per la formulazione di questa ipotesi si veda R. STADLER, *op. cit.*, 186.

[74] Si veda in questo senso W. WEISS, *Die Verteidungsrechte im EG-Kartellverfahren*, cit., 51.

[75] Cfr. Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem Sa, ex Cdf Chimie Sa* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, punto 29 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[76] Cfr. Corte giust., sent. 21 settembre 1989, *Hoechst Ag* c. *Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 46/87 e 227/88, punto 17 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[77] Si veda in questo senso W. WEISS, *op. cit.*, 52.

[78] Si veda in questo senso W. WEISS, *op. cit.*, 52.

le sia accolto in tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Pensiamo a questo proposito alla già citata pronuncia *A.M.&S*[79], laddove i giudici erano chiamati a stabilire i limiti ai quali era subordinato l'esercizio del potere di controllo della Commissione, previsto dall'art. 14 del regolamento del Consiglio n. 17/62, in ragione della tutela legale del carattere riservato della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente. La Corte riconosce che la riservatezza in talune comunicazioni tra gli avvocati ed i loro clienti «risponde all'esigenza, la cui importanza è riconosciuta in *tutti* gli Stati membri, di garantire a chiunque la possibilità di rivolgersi con piena libertà al proprio avvocato, la cui professione implica per natura il compito di dare, in modo indipendente, pareri giuridici a chiunque ne abbia bisogno». La tutela della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente, almeno a livello generale, e al di là delle diversità riscontrabili nella portata e nei criteri di applicazione, è generalmente riconosciuta in tutti gli ordinamenti degli Stati membri.

Il valore probante degli argomenti ricordati ai fini dell'individuazione di un orientamento giurisprudenziale favorevole a trasporre a livello comunitario solo quei diritti che almeno nella forma generale siano presenti in tutti gli ordinamenti degli Stati membri viene confutato da altre indicazioni che possono essere tratte dalla giurisprudenza.

In primo luogo va ricordato che nelle sentenze nelle quali i giudici fanno esplicito riferimento agli ordinamenti di tutti gli Stati membri, essi non hanno mai posto la necessaria conformità della disciplina come condizione dell'assunzione di un dato diritto a livello comunitario[80].

In secondo luogo a queste sentenze che si fondano sull'analisi di tutti gli ordinamenti degli Stati membri fanno da controaltare pronunce nelle quali i giudici non si riferiscono esplicitamente a tutti gli Stati membri. Pensiamo ancora alla pronuncia *Hauer*[81], questa volta laddove essa si occupa del diritto al libero esercizio dell'attività professionale. La Corte ne afferma la validità al livello comunitario benché la tutela di un simile diritto venga rintracciata solo in vari Stati membri. L'accoglimento del paradigma dello standard minimo avrebbe dovuto condurre i giudici esattamente alla conclusione opposta[82].

Un ultimo argomento infine smentisce il favore dei giudici nei confronti del modello di tutela del minimo standard. Sia nella sentenza *Hoechst*[83] sia nella suc-

---

[79] Cfr. Corte giust., 18 maggio 1982, *AM & S Europe Limited* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 155/79, punto 18 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[80] Si veda in questo senso W. WEISS, *op. cit.*, 57.

[81] Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1979, *L. Hauer* c. *Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, punto 31 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[82] A conclusioni analoghe giunge R. STADLER, *op. cit.*, 187.

[83] Cfr. Corte giust., 21 settembre 1989, *Hoechst Ag* c. *Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 46/87 e 227/88, punto 18 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

cessiva pronuncia *Orkem* [84] i giudici non si sono limitati a non riconoscere la validità per l'ordinamento comunitario dei diritti di cui si discuteva. Sia per il diritto alla tutela dei locali commerciali nei confronti delle pubbliche autorità, sia per il diritto di non testimoniare contro se stessi in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica, i giudici hanno argomentato il loro rifiuto anche in riferimento alla Convenzione europea sui diritti dell'uomo, nonché nel secondo caso, anche in riferimento al Patto internazionale sui diritti civili e politici. L'accoglimento della tesi del minimo standard di tutela avrebbe reso questo secondo test assolutamente irrilevante [85].

Passiamo ora a sottoporre a verifica la diversa ipotesi ricostruttiva secondo la quale i giudici adottano delle metodologie consone all'attribuzione alle tradizioni costituzionali comuni del ruolo di mero orientamento [86].

Come si è detto in precedenza queste metodologie contemplano, a livello teorico, una duplicità di operazioni. Lo sviluppo della fattispecie prevede innanzitutto un'analisi comparata delle tradizioni costituzionali comuni, grazie alla quale poter disporre del materiale di base. In un secondo stadio i giudici, per concretizzare la fattispecie del diritto fondamentale comunitario ed in particolare i limiti e i presupposti di legittimità di questi ultimi, dovrebbero procedere ad un bilanciamento tra valori costituzionali nazionali da una parte e struttura e finalità dell'ordinamento comunitario dall'altro.

La ricognizione giurisprudenziale tesa ad individuare le tracce del primo tipo di operazione mostra che le pronunce della Corte comunitaria si caratterizzano per limitatezza e sinteticità delle indicazioni di carattere comparativo.

La maggior parte delle sentenze appare piuttosto avara in merito a questi

---

[84] Cfr. Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem Sa, ex Cdf Chimie Sa* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, punti 30 e 31 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[85] Per un'analoga valutazione W. WEISS, *op. cit.*, 58.

[86] La tesi che il metodo con il quale i giudici comunitari procedono allo sviluppo dei diritti fondamentali sia quello della comparazione critica ha sempre ricevuto un ampio consenso in dottrina. Si vedano, di recente, tra i tanti, I. PERNICE, *Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtschutz. Grundlagen, Bestand und Perspektiven*, in *Neue Juristiche Wochenschrift*, 1990, 2414; D. SIMON, *Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire?*, in *Droits*, 1991, 80; H.W. RENGELING, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*, cit., 224; A. BLECKMANN, *Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 1993, 826; C. NOWAK, *Konkurrentenschutz in der EG*, Baden-Baden, 997, 1413; G. BAUMGARTNER, *EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz*, Wien, 1997, 160; H. KRUCK, *Art. 164*, in H. GROEBEN VON DER-J. THIESING-C.-D. EHLERMANN, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, Baden-Baden, Funfte Auflage, 1997, 382; I. WETTER, *Die Grundrechtscharta des Europaischen Gerichtshofes*, Frankfurt am Main, 1998, 53; T. SCHILLING, *Bestand und allgemeine Lehren der burgerschutzenden allgemeinen Rechtsgrundsatze des Gemeinnschaftsrechts*, in *Europaische Grundrechtzeitschrift*, 2000, 7; J. HENGSTSCHLAGER, *Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts*, in *Juristische Blatter*, 2000, 416.

aspetti metodologici del ragionamento giudiziale, limitandosi spesso a semplici affermazioni assertive, mentre anche le più generose per le esigenze di comprensione dell'interprete, sembrano connotarsi comunque per un esame non sempre accurato e completo degli ordinamenti nazionali.

Nella sentenza *Hauer* [87], ad esempio, i giudici si limitano ad affermare che il diritto di proprietà «è tutelato alla stregua dei principi comuni alle costituzioni degli Stati membri» senza addurre alcuna dimostrazione di una tale affermazione, ma affermando ancora che tali principi si trovano recepiti nel Protocollo addizionale alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e del cittadino. Questo riferimento serve ai giudici per trarne una prima indicazione in ordine alla questione a loro sottoposta, ossia «la liceità delle restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà a condizione che queste restino nel limite di quanto giudicato dagli Stati necessario ai fini della tutela dell'interesse generale». Ma per la soluzione di quella questione i giudici affermano di dover attingere alle «indicazioni fornite dalle norme e dalle prassi costituzionali dei nove stati membri», anche se poi si limitano ad esprimere considerazioni relative solamente a tre di quegli stati, l'Italia, la Germania e l'Irlanda.

Sulla stessa falsariga sembra muoversi la pronuncia *AM&S* [88]. In essa si legge che il principio della tutela della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente è «generalmente riconosciuto» e che «la sua portata ed i criteri per la sua applicazione sono variabili»; mentre infatti «in taluni Stati membri la tutela del carattere riservato della corrispondenza fra un avvocato ed il suo cliente si fonda principalmente sul riconoscimento della natura stessa della professione d'avvocato … in altri Stati membri la stessa tutela trova giustificazione nell'esigenza più specifica … del rispetto del diritto alla difesa». Queste affermazioni non sono supportate da un'analisi dettagliata della situazione giuridica nei vari Stati membri ma sono presentate in questo stile assertivo. Anche «l'esistenza di criteri comuni» che l'interpretazione del regolamento in questione dovrebbe recepire, ossia la tutela in condizioni analoghe della riservatezza della corrispondenza fra avvocato e cliente «purché da un lato si tratti corrispondenza scambiata al fine dell'interesse del diritto alla difesa del cliente e, dall'altro, tale corrispondenza provenga da avvocati indipendenti, cioè da avvocati non legati al cliente da un rapporto d'impiego», è addotta dai giudici senza alcuna previa analisi comparata delle varie soluzioni nazionali.

Analoghe considerazioni possono essere fatte in relazione alla sentenze *Hoechst* [89]

---

[87] Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1979, *L. Hauer* c. *Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, punto 17 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[88] Cfr. Corte giust., 18 maggio 1982, *AM & S Europe Limited* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 155/79, punto 20 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int*.

[89] Cfr. Corte giust., 21 settembre 1989, *Hoechst Ag* c. *Commissione delle Comunità europee*, cause riunite 46/87 e 227/88, punto 17 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

e *Dow Benelux* [90], con le quali la Corte si pronuncia in ordine alla questione del riconoscimento del diritto all'inviolabilità del domicilio delle imprese.

I giudici, infatti, negano che possa parlarsi di un principio comune ai diritti degli Stati membri «poiché i sistemi giuridici … presentano differenze non trascurabili quanto alla natura ed alla misura della tutela dei locali commerciali nei confronti degli intereventi delle pubbliche autorità» non fornendo però alcuna precisazione in ordine a tali divergenze né soffermandosi anche brevemente sulle caratteristiche dei singoli ordinamenti nazionali.

Una medesima sinteticità e lacunosità possono essere rimproverate infine alla sentenza *Orkem* [91] laddove essa si pronuncia in ordine al «riconoscimento del diritto di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza».

Anche qui i giudici non vanno oltre l'affermazione che «in via generale, gli ordinamenti degli Stati membri riconoscono il diritto di non testimoniare contro se stessi solo all'imputato in un procedimento penale. L'analisi comparativa dei diritti nazionali, pertanto, non consente di concludere nel senso dell'esistenza di detto principio comune ai diritti degli Stati membri in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica, in particolare in materia di diritto della concorrenza».

Questa conclusione negativa in ordine al riconoscimento del suddetto diritto avrebbe meritato una maggiore cura nella motivazione specie in considerazione della circostanza, evidenziata nelle conclusioni dell'Avvocato generale in causa, che in quattro Stati con alcune limitazioni, in due, addirittura senza alcuna limitazione, tale diritto è garantito.

Si è sostenuto che la sinteticità dei richiami operati agli ordinamenti nazionali non corrisponda effettivamente ad una carenza di analisi comparativa.

Così si è opinato [92] che il dato che la Corte si limiti nella maggior parte dei casi a brevi affermazioni circa l'esistenza o l'inesistenza di un principio comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, rinunciando a motivazioni dettagliate, sarebbe giustificato, in considerazione dei rischi che l'opposta tendenza presenterebbe.

I giudici, in presenza di situazioni di differente densità normativa dei vari ordinamenti, si esporrebbero al rischio di una critica di trascuratezza nei confronti

---

[90] Cfr. Corte giust., 17 ottobre 1989, *Dow Benelux Nv, ex Dow Chemical Bv* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 85/87, punto 28 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[91] Cfr. Corte giust., 18 ottobre 1989, *Orkem Sa, ex Cdf Chimie Sa* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 374/87, punti 28 e 29 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[92] Si veda a questo proposito H.W. DAIG, *Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, in H. BERNSTEIN-U. DROBNIG-H. KOTZ, *Festschrift fur Konrad Zweigert fur 70. Geburstag*, Tubinga, 1981, 411 ss.

di alcuni a favore di altri. Un ulteriore rischio al quale la Corte andrebbe incontro si profilerebbe nelle ipotesi in cui, allorché in relazione ad un determinato principio non fosse riscontrabile una convergenza tra gli Stati, i giudici optassero per il riconoscimento della soluzione propria solo ad uno o più ordinamenti, ma non a tutti, con il rischio pertanto di un risentimento degli Stati esclusi.

La prassi dei giudici non potrebbe pertanto essere considerata, in alcun modo, l'espressione di un atteggiamento di rinuncia ad una metodologia comparata. La composizione del collegio, la necessità di computare nella valutazione del «tono comparato» delle pronunce anche i contributi portati dagli Avvocati generali nelle loro conclusioni nonché dagli assistenti dei giudici con i loro dossier, ancora la preponderanza della percentuale tra i libri della biblioteca della Corte delle pubblicazioni di diritto interno, dovrebbero indurre a riconoscere all'istituzione comunitaria la qualifica di «roccaforte del metodo comparato» [93].

Analogamente si è avanzato [94] che la concisione del ragionamento giudiziale lungi dall'essere prova dell'estensione delle considerazioni di carattere comparativo, sarebbe da ricondurre principalmente alle tre seguenti ragioni giustificative: la priorità riconosciuta alle costruzioni fondate sulla sostanza economicistica alla quale s'ispirano i Trattati; la consapevolezza delle difficoltà del ragionamento di stampo comparativo; la necessaria brevità che deve caratterizzare delle pronunce, come quelle dei giudici comunitari, che devono essere tradotte in tutte le lingue della Comunità.

Altri [95] hanno invece sostenuto che la limitatezza delle indicazioni comparati-

---

[93] Per queste considerazioni si veda ancora H.W. DAIG, *Zur Rechtsvergleichung und Methodenlehre im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, cit., 414-415.

[94] Si veda M. HILF, *The role of comparative law in the jurisprudence of the Court of justice of the European Communities*, cit., 561 ss.

[95] Per W. WEISS, *Die Verteidungsrechte im EG-Kartellverfahren*, cit., 46 ss. e 60, la sinteticità dell'analisi comparativa svolta dalla Corte sarebbe indice della sua intenzione di non ritenere vincolante per essa né la soluzione del massimo standard né quello del minimo standard di tutela. Ma per l'Autore non potrebbe parlarsi nemmeno di una comparazione critica. «Certamente nella conoscenza del diritto da parte della Corte è presente un elemento valutativo nella misura in cui essa non trasferisce semplicemente le soluzioni proprie degli Stati membri, ma le sottopone ad un adattamento all'ordinamento comunitario. Tuttavia manca una reale comparazione». L.J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo,* edizione italiana a cura di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Torino, 2000, 322, a cui W. Weiss si richiama nell'opera precedentemente citata, sembra esprimersi in maniera più sfumata. L'Autore, infatti, sembra esprimersi in toni decisamente negativi rispetto alla soluzione «che la comparazione propone attraverso il più ampio denominatore comune». Egli però riconosce che la Corte «… quando è necessario, esamina le discipline interne: non per raffrontarle, ma per acquisire una riserva di soluzioni. È possibile che essa scelga fra queste regole quella che, nella prospettiva dell'interpretazione funzionale, risponde meglio al caso di specie. I principi generali degli Stati membri, così come le nozioni giuridiche comuni, costituiscono, almeno teoricamente, per la Corte, una delle fonti più importanti per completare e sviluppare il diritto comunitario. Tuttavia, la maniera in cui essa ha fatto ricorso a certi principi per risolvere alcune controversie

ve sarebbe espressione della mancanza di una vera comparazione e ne hanno tratto la conclusione che non potrebbe parlarsi per le sentenze comunitarie di un'applicazione del metodo della comparazione critica.

Forse coglie nel segno una terza lettura, secondo la quale lo stile per così dire asciutto dei giudici comunitari non sarebbe imputabile ad una scelta di tecnica redazionale, quanto piuttosto alla volontà della Corte di muoversi discrezionalmente nell'attività d'individuazione dei principi [96].

Non si tratterebbe di una mera scelta redazionale, ma di una declinazione particolare del metodo comparato, in linea con la sua coloritura valutativa.

L'approccio metodologico da vagliare prevede poi, come si è ricordato, un secondo tipo di operazione. La verifica giurisprudenziale dimostra, a questo proposito, che diverse sono le pronunce dalle quali emerge chiaramente la volontà dei giudici di pervenire alla definizione di un diritto fondamentale comunitario dopo aver verificato «qualitativamente», alla luce della struttura e degli obiettivi comunitari, le diverse soluzioni apprestate dagli ordinamenti nazionali. Essi puntano ad individuare una soluzione che sia al contempo conforme agli obiettivi e alla struttura dell'ordinamento comunitario e in grado di essere accettata dagli Stati membri, incaricati in ultima istanza ad applicare il diritto comunitario [97].

Pensiamo a titolo esemplificativo alla più volte citata sentenza *Internationale*

---

ha confermato la prospettiva secondo la quale la comparazione è, per quest'ultima, soltanto una tecnica empirica, occasionale e parziale». C.N. KAKOURIS, *L'utilisation de la Méthode Comparative par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, cit., 104, ritiene, invece, che «la ricerca delle regole in vigore nei differenti Stati membri, o nei Paesi terzi, della ragion d'essere di tali regole e della loro finalità, è di ordine eminentemente scientifico e non empirico. La scelta di ciò che debba essere riconosciuto come diritto in vigore nell'ordinamento comunitario comporta un elemento creativo». A questo proposito G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 543, pensa che, in riferimento alla giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali, non possa parlarsi propriamente di comparazione critica. L'Autore ritiene che «il riferimento ai principi generali di diritto assolve essenzialmente alla funzione di rendere meno trasparente, con l'utilizzazione di un parametro che può sembrare obiettivo, il ruolo creativo di regole giuridiche che la Corte di giustizia svolge». Secondo M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., 30, nota 34, non si potrebbe muovere alla Corte un rimprovero di carattere generale in ordine alla sua utilizzazione del metodo comparativo. Esso però avrebbe un ruolo maggiore in ambiti diversi da quello proprio dell'elaborazione dei principi generali comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri.

[96] Si veda a questo proposito A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 554. L'Autrice sottolinea che «anche nel caso in cui un'analisi venga svolta separatamente, essa non sempre costituisce la base sulla quale la Corte si fonda per la determinazione dell'esistenza di un principio di diritto».

[97] Per questa tesi si veda K. LENAERTS, *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in *Revue trimestrielle Droit européenne*, 2001, 495.

Handelsgesellschaft [98], laddove i giudici dichiarano che la salvaguardia dei diritti fondamentali, «pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della *struttura* e delle *finalità* della *Comunità*».

Pensiamo ancora al passaggio della sentenza *Nold* [99] in cui la Corte di giustizia afferma che il diritto di proprietà, il libero esercizio del commercio, del lavoro e di altre attività economiche, non costituiscono prerogative assolute ma «vanno considerati alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività oggetto della tutela. Per questa ragione, la garanzia concessa ai diritti di tal sorta fa generalmente salve le limitazioni poste in vista dell'interesse pubblico. Nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a *taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità,* purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi» [100].

Ricordiamo, infine altre due pronunce. Innanzitutto la sentenza *Hauer* [101].

Anche qui il ragionamento della Corte, chiamata a valutare la lesione da parte di un regolamento comunitario del diritto di proprietà e del diritto al libero esercizio dell'attività professionale, dimostra come le necessità dell'ordinamento comunitario entrino nella sua opera di sviluppo della fattispecie di questi diritti, ed in particolare della definizione della concreta portata dei limiti legittimamente imponibili ad un determinato diritto. I parametri dell'accertamento della legittimità degli interventi limitativi della situazione giuridica protetta, ossia se gli interventi siano giustificati da obiettivi di *interesse generale* e se non siano comunque *inaccettabili* e *sproporzionati* rispetto ai fini perseguiti, tali da ledere la sostanza del diritto stesso, sono squisitamente comunitari.

È sulla base *dell'interesse generale della Comunità*, determinato in riferimento al preambolo del regolamento di cui si discuteva la legittimità e agli obiettivi generali della politica agricola comune, che i giudici, infatti, valutano la legittimità

---

[98] Cfr. Corte giust., 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft MBH* c. *Einfuhrund Vorratstelle fur Getreide und Futtermittel*, causa 11/70, punto 4 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[99] Cfr. Corte giust., 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung* c. *Commissione delle Comunità europee*, causa 4/73, punto 14 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[100] La necessità di conciliare protezione dei diritti fondamentali e difesa delle finalità strutturali della Comunità costituisce un *topos* dell'argomentazione della Corte. Si vedano nel senso della sentenza *Nold*, la sentenza *Wachauf* del 13 luglio 1989, la sentenza *Commissione* c. *Repubblica Federale di Germania* dell'8 aprile 1992, la sentenza *Schiffahrt* del 17 luglio 1997, la sentenza *Standley* del 29 aprile 1999, tutte consultabili sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[101] Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1979, *L. Hauer* c. *Land Rheinland-Pfalz*, causa 44/79, punti 23 ss. 17 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.* Gli stessi schemi argomentativi sono riscontrabili nella pronuncia della Corte giust., 11 luglio 1989, *H. Schraeder Hs Kraftfutter GMBH & Co.* c. *Haupzollamt Gronau*, causa 265/87, punti 22 ss. della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

delle misure limitative di questi diritti. È in riferimento alla *natura temporanea della regolamentazione* in causa e *la congiuntura economica della Comunità* che prevedeva un surplus nel settore della produzione del vino, che la Corte poi opera il controllo sul rispetto del principio di proporzionalità.

In merito alla contestata lesione del diritto al libero esercizio dell'attività professionale, i giudici, dopo aver affermato che «l'ordinamento costituzionale di *vari* Stati membri» tutela il libero esercizio delle attività professionali, richiamano ancora una volta la formula inaugurata con la sentenza *Nold* [102], secondo la quale i diritti stessi «lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati anch'essi alla luce della funzione sociale delle attività oggetto della tutela», per concludere che «qualora il divieto di nuovi impianti dovesse incidere sul libero esercizio della professione di viticoltore, tale restrizione sarebbe semplicemente una conseguenza dei limiti posti all'esercizio del diritto di proprietà e si confonderebbe con questi. La limitazione del libero esercizio della professione di viticoltore, qualora esistesse, sarebbe dunque giustificata dagli stessi motivi che giustificano le restrizioni dell'esercizio del diritto di proprietà».

L'ultima pronuncia significativa del ruolo che le necessità dell'ordinamento comunitario giocano nella definizione dei diritti fondamentali comunitari, appare la *A.D.B.H.U.* [103] dove si ritrova l'affermazione secondo la quale «il principio della libertà di commercio non ha valore assoluto, ma è soggetto a taluni limiti, giustificati dagli scopi di interesse generale perseguiti dalla Comunità purché non si comprometta la sostanza di questi diritti».

5. Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza sembra autorizzare una risposta in merito alla questione cruciale dalla quale eravamo partiti, relativa al valore che i giudici attribuiscono alle tradizioni costituzionali comuni, ossia se esse rappresentano fonti di cognizione (*Erkenntnisquellen*), dalle quali distillare i diritti come principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, o piuttosto vere e proprie fonti giuridiche (*Rechtsquellen*), nel senso che esse costituiscono il fondamento di validità della disciplina dei diritti fondamentali enucleata dai giudici comunitari.

Benché lo sviluppo dei diritti fondamentali da parte dei giudici comunitari venga condotto spesso con argomentazioni vaghe ed imprecise, nondimeno l'esa-

---

[102] Cfr. Corte giust., 14 maggio 1974, *J. Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung* c. *Commissione delle Comunità europee,* causa 4/73, punto 14 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

[103] Cfr. Corte giust., 7 febbraio 1985*, Procuratore della Repubblica* c. *Association de défense des Brûleurs d'huiles usagées*, causa 240/83, punto 12 della motivazione, sul sito internet *www.curia.eu.int.*

me delle motivazioni sembra recare tracce dello svolgimento di quelle operazioni che abbiamo visto essere proprie delle metodologie decisionali appartenenti al paradigma qualitativo.

Innanzitutto il ragionamento giudiziale sembra definire i valori individuali e i valori collettivi meritevoli di tutela attraverso un'analisi comparata degli ordinamenti degli Stati membri che, nonostante non segua i sentieri classici della comparazione, appare comunque rappresentare il fondamento di valore sul quale i giudici edificano la loro opera ermeneutica [104].

In secondo luogo, la concretizzazione della fattispecie, ossia la determinazione del punto di equilibrio tra i due interessi contrapposti, viene stabilita alla luce delle esigenze proprie dell'ordinamento comunitario.

In definitiva la Corte sembra riconoscere alle tradizioni costituzionali comuni il ruolo di mere fonti di cognizione nel suo procedimento di sviluppo dei diritti fondamentali [105].

Sarà così anche in futuro? Novità più o meno rilevanti sono state ipotizzate nelle tecniche di giudizio nonché negli orientamenti di merito dei giudici comunitari a seguito dell'adozione della Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza nel dicembre del 2000.

---

[104] Si veda in questo senso J. KUHLING, *Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, Berlino, 1999, 60-61, il quale ritiene che nonostante non possa parlarsi di comparazione intesa nel senso classico, ossia benché la Corte non proceda ad esporre le diverse disposizioni nazionali in tema di diritti fondamentali e le loro prassi attuative, analizzando e valutando i rispettivi lati positivi e lati negativi per poi passare in un secondo momento a ricercare la soluzione che si armonizzi con la struttura e le finalità dell'ordinamento comunitario tuttavia «… la comparazione costituisce il sostrato di valore per la successiva opera interpretativa della Corte. Non si tratta propriamente di un'ampia discussione delle diverse soluzioni al fine di individuare la migliore, quanto piuttosto di sviluppare uno standard che risulti appropriato ai valori nazionali e ai quelli propri della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e che possa armonizzarsi con la struttura e le finalità comunitarie».

[105] J. KUHLING, *Die Kommunikationsfreiheit als Europäisches Gemeinschaftsgrundrecht*, cit., 62, sostiene che comunque può riscontrarsi nella giurisprudenza comunitaria una tendenza ad orientarsi verso quello standard di tutela che sembra garantire maggiormente gli interessi degli individui. Cfr. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 139, il quale sembra attribuire al *case-law* della Corte di giustizia la natura di vera e propria fonte del diritto, sottolineando come, volendo estendere all'ordinamento comunitario le categorie proprie dei processi di produzione normativa nazionale, potrebbe parlarsi in questo caso di fonte non scritta ed in particolare di fonte-fatto. Per quelle categorie il rinvio d'obbligo è a F. MODUGNO, *Fonti del diritto, I) diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, *ad vocem.* Una diversa posizione in merito alle tradizioni costituzionali comuni sembrerebbe espressa da A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, cit., 19 ss., il quale afferma che «i principi generali dedotti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri costituiscono "diritto" che la Corte deve applicare, a norma dell'art. 230, già art. 173 del Trattato CE, al pari di qualsiasi norma giuridica esplicitamente stabilita dai trattati».

Pur priva di rilevanza giuridica nel senso usuale del termine, e tanto più dal momento in cui essa dovesse acquisire quella rilevanza [106], si è immaginato, infatti, che la Carta possa spiegare effetti su entrambe le operazioni delle quali abbiamo visto constare il metodo decisionale adottato dai giudici del Lussemburgo nello sviluppo dei diritti fondamentali.

Da una parte si è ritenuto che la Carta di Nizza possa influire sulla fase di definizione dei valori individuali e collettivi meritevoli di tutela. Essa potrebbe giocare come supporto interpretativo nell'analisi delle tradizioni costituzionali comuni [107], e pertanto rappresentare sia «un appoggio sicuro al quale tenersi, senza doversi spingere in troppo articolati ed elaborati ragionamenti al fine di dimostrare che un diritto contestato è riconosciuto dalle tradizioni comuni», sia «una spinta … per l'invenzione di nuove tradizioni …» [108].

Dall'altra parte, si è ipotizzato che la Carta possa spiegare effetti su quella che si è visto costituire la seconda fase del ragionamento giudiziale nello sviluppo dei diritti fondamentali comunitari.

In particolare si è sostenuto che la clausola della sussidiarietà di cui al comma

---

[106] Per questa lettura della Carta di Nizza, si veda A. RUGGERI, *Carta Europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive),* Intervento in AA.VV., *Riflessi della Corte europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI, Milano, 2003, 7 ss. Secondo A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, Relazione in AA.VV., *Riflessi*, cit., spec. 137, la Carta possiede «una chiara giuridicità, ancorché diversa da quella che si pretenderebbe (forse inopportunamente) che avesse: non tanto internazionale, quanto costituzionale (e, più precisamente, di atto pre-costituente "federale")». Questa diversa giuridicità è rafforzata, nel pensiero dell'Autore, da almeno tre fattori: «lo spirito con cui hanno lavorato i redattori della Carta», «il modo con cui essa è stata adottata», «il valore che ad essa sembra vogliano dare gli organi comunitari». Sul più ampio tema delle innovazioni procedurali, istituzionali e di principio che l'adozione della Carta dei diritti fondamentali ha determinato si veda C. PINELLI, *Il momento della scrittura. Contributo al dibattito sulla Costituzione europea*, Bologna, 2002, 211 ss.

[107] Tra i primi a sostenere la possibilità che la Carta costituisca «un immediato ausilio interpretativo per rafforzare conclusioni raggiungibili comunque su altre basi, … senza peraltro escludere che, in un secondo tempo, possano esservi ulteriori e più pregnanti sue applicazioni …» si veda A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 194. La tesi della Carta quale supporto interpretativo viene sostenuta anche da M. LUCIANI, *L'incerta natura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, 6 del dattiloscritto. Cfr. anche L.S. ROSSI, *«Costituzionalizzazione» dell'UE e dei diritti fondamentali*, in L.S. ROSSI, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, 271, e L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in U. DE SIERVO, *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, 260.

[108] I brani sono tratti da A. RUGGERI, *Carta Europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)*, cit., 4.

1 dell'art. 51 della Carta, e quella relativa al livello di protezione di cui all'art. 53 della stessa, potrebbero rappresentare «parametri suscettibili di delimitare in futuro in modo più penetrante le operazioni selettive compiute dalla giurisprudenza e di orientarle sulla base di criteri impiantati in un catalogo generale di diritti, piuttosto che, come era avvenuto in passato, nelle finalità dei Trattati» [109].

Si è avanzato, da altri, che l'art. 53 della Carta, sul livello di protezione, potrebbe essere letto nel senso di imporre, in caso di contrasto tra standard di tutela differenti, il principio della miglior tutela [110]. In altri termini, l'art. 53 della Carta, potrebbe indurre i giudici comunitari ad individuare il parametro della legittimità degli atti comunitari e degli atti nazionali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, non più secondo l'approccio valutativo sinora seguito, ma applicando il metodo del massimo standard di tutela [111]. Naturalmente saranno solo le prossime pronunce giurisprudenziali che potranno consentire di vagliare la plausibilità di siffatte ipotesi interpretative [112].

---

[109] Così P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e «le tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri*, in S.P. PANUNZIO-E. SCISO, *Le riforme istituzionali e la partecipazione dell'Italia all'Unione europea*, cit., 103-104.

[110] Si veda O. CHESSA, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, cit., 121. L'Autore sottolinea che all'art. 53 potrebbe essere data anche un'altra interpretazione, ossia potrebbe essere letto nel senso di «fare salvo, nel rispettivo ambito di applicazione, lo standard di tutela fissato dalle costituzioni nazionali, dalla Cedu o da altre norme internazionali relative ai diritti umani».

[111] Per quest'ipotesi interpretativa si veda S. GRILLER, *Primacy of Community law: a Hidden Agenda of the Charter of Fundamental Rights*, in D. MELISSAS-I. PERNICE, *Perspectives of the Nice Treaty and the Intergovernmental Conference in 2004*, Baden-Baden, 2002, 54 ss.

[112] Va segnalato peraltro che la tesi del valore di supporto interpretativo da riconoscere alle disposizioni della Carta dei diritti ha già ricevuto almeno una conferma da parte dell'Avvocato generale Tizzano, nelle conclusioni presentate l'8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU* c. *Secretary of State for Trade and Industry*.

I RAPPORTI FRA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO [*]

GIANMARIO DEMURO

SOMMARIO: 1. Premessa. Delimitazione del campo d'indagine. – 2. La costruzione dell'identità delle due Corti. – 2.1. La Corte di giustizia delle comunità europee. – 2.2. La Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3. I rapporti sul piano dell'interpretazione giuridica. – 4. I conflitti reali e virtuali: *Strasburgo vs. Lussemburgo?* – 5. Conclusioni.

1. PREMESSA. DELIMITAZIONE DEL CAMPO D'INDAGINE

I rapporti tra la *Corte di giustizia delle comunità europee* e la *Corte europea dei diritti dell'uomo* possono essere valutati sotto molteplici profili. Basta scorrere il numero monografico della rivista *Pouvoirs* (96 del 2001) *Les Cours Européennes-Luxembourg et Strasbourg* per avere un'idea dei rapporti tra le due Corti europee sotto le più diverse angolature: dalle procedure giurisdizionali ai conflitti giurisprudenziali, dagli effetti delle sentenze alla costruzione delle relazioni tra gli ordinamenti di competenza. Tra i tanti profili possibili si è scelto quello che, in misura maggiore, ha suscitato interesse sia sotto il profilo politico che giurisprudenziale: l'insanabile conflitto tra le due Corti europee. Non a caso si sostiene che sia in atto una «lotta sotterranea fra le due Corti per la primazia in Europa» [1]. La scelta è caduta, di conseguenza, sull'esame delle relazioni tra le due Corti *sub specie jura*, esame questo che appare ancor più necessario nella fase di predisposizione della futura Costituzione europea che dovrà, tra le tante, dare una risposta anche sull'avvenire della vera novità in materia: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [2].

---

[*] Professore associato di Diritto costituzionale nella Facoltà di Giurispudenza della Università degli studi di Cagliari-Relazione al Convegno su *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa* - Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002.

[1] La definizione è di G. ZAGREBELSKY, *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sovranazionali*, *paper* della relazione tenuta alla LUISS nel gennaio 2001.

[2] In tema, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, v. U. DE SIERVO, *La difficile Co-*

2. La costruzione dell'identità delle due Corti

È noto che le due Corti nascono per scopi, esigenze, modalità di azione, completamente diversi ed è, altrettanto, noto che esse vanno costruendo la propria identità in modo separato nell'arco degli ultimi quarant'anni. Attraverso lo studio della progressiva costruzione identitaria delle due Corti ci proponiamo di approfondire il rispettivo ruolo nella costruzione di ciò che è stata definita la «giustizia costituzionale comune europea» [3].

In questa lunga vicenda giurisprudenziale si innesta una parallela problematica relativa alla *identità europea* dei diritti che le due Corti, partite con compiti e giurisdizioni nettamente differenziati, hanno, in modo essenziale, contribuito a costruire. Anzi può certamente sin d'ora affermarsi che senza l'operato dei due giudici europei saremmo ora assai lontani dalla prospettiva di passare da una Europa essenzialmente mercantile ad una Europa fondata sui diritti.

Tale affermazione si giustifica in virtù del fatto che la costruzione della giurisdizione in materia di diritti fondamentali della Corte di giustizia delle Comunità europee (d'ora in avanti Corte giust. CE) avviene in modo del tutto non previsto dai *framers* dei Trattati europei, ossia in modo completamente de-formalizzato [4]. In letteratura è, infatti, condivisa la constatazione che il catalogo *costituzionale* dei diritti fondamentali europei è, perlomeno fino al Trattato di *Maastricht*, merito principale della Corte di giustizia. Si deve alla sua costante opera di vigilanza se nelle Comunità economiche – pensate e rafforzate nel libero scambio delle merci e nella libera circolazione delle persone – nascono e si rafforzano alcuni tra i più classici diritti fondamentali della tradizione del costituzionalismo europeo ed americano. Ciò avviene sulla base della giurisprudenza della Corte giust. CE che si serve, per la costruzione del contenuto dei diritti europei, delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, dei principi generali di diritto comunitario, nonché della CEDU. La tecnica di riconoscimento dei diritti è nota; la Corte, partendo dalla capacità prescrittiva (creazione di diritti e di obblighi) dei principi generali previsti dai trattati, costruisce il parametro di valutazione della legittimità degli atti comunitari e, di conseguenza, ne riconosce il fondamento giuridico. Facendo riferimento a principi comunitari la Corte ottiene anche il fon-

---

stituzione europea e le scorciatoie illusorie, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2001, 109 ss.

[3] Cfr. P. Häberle, *Germania*, in AA.VV., *Le costituzioni dei paesi dell'Unione europea*, a cura di E. Palici Di Suni Prat-F. Cassella-M. Comba, Padova, 2001, 332. Id., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, ed. italiana a cura di J. Luther, Roma, 2001, 126 ss.

[4] In argomento sulla de-formalizzazione del diritto costituzionale come tendenza ormai generalizzata, rintracciabile anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale v. M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, *passim.* Sul «sistema comunitario non scritto dei diritti fondamentali» cfr. L. Azzena, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *La difficile Costituzione*, cit., 257 ss.

damentale risultato di ritenere vincolanti tali principi sia per le Comunità che per l'Unione ed ottiene, così, la legittimazione al *judicial review* in materia di diritti scaturenti da quella che è stata definita una *de facto Confederation of States*[5]. Come vedremo sarà proprio la tutela dei diritti fondamentali, strettamente collegata ad una tecnica «funzionale» di riconoscimento degli stessi[6], a dare sempre maggiore sostanza alla *via* europea della *New-style confederation*[7].

Compito della tutela dei diritti che, invece, era stato attribuito alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo la quale, con una competenza territoriale piuttosto diversa e con una struttura tradizionalmente internazionalistica, era stata appositamente costruita con lo scopo di rafforzare la tutela dei diritti umani mediante l'attività di una Corte *ad hoc*: la Corte europea dei diritti dell'Uomo (d'ora in avanti Corte EDU)[8]. La Corte in questione nasce, così, *funzionalmente* collegata ai diritti.

Si tratta, in sintesi, di organi giurisdizionali che nascono con logiche funzionali completamente diverse e, quindi, *geneticamente* molto lontane dalla possibilità di ritrovarsi, un giorno, a giudicare sulle medesime questioni con il rischio, certamente delegittimante, di pronunciarsi in modo opposto sulla stessa fattispecie.

Alla luce di queste premesse esaminiamo, brevemente, l'evoluzione della costruzione giurisprudenziale delle reciproche identità e di come tali identità possano riflettersi sui rapporti fra le due Corti.

2.1. *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*

La competenza istituzionale della Corte giust. CE è quella di assicurare il rispetto del diritto comunitario nell'interpretazione e nella applicazione dei Trattati. In tale veste la Corte esercita un controllo di legittimità degli atti comunitari e giudica delle controversie di diritto comunitario e, soltanto indirettamente, di quelle che coinvolgono diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea. Dopo una prima fase di totale lontananza dal tema della tutela dei diritti la Corte del Lussemburgo riempie questa «lacuna» attraverso una giurisprudenza inaugurata dai famosissimi casi *Stauder* del 1969[9] e *Internationale Handells-*

---

[5] La definizione è di D.J. ELAZAR, *Constitutionalizing globalization. The Postmodern Revival of Confederal Arrangments*, Oxford, 1998, 105 ss.

[6] Sottolinea questo aspetto P. RIDOLA, *Libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Annuario 1999 - La Costituzione europea*, Padova, 2000, 337 ss.

[7] D.J. ELAZAR, *Constituitionalizing*, cit., 136, spec. 138.

[8] In argomento cfr. L.M. DIEZ-PICAZO, *Glosas a la nueva carta de derechos fundamentales de la Union Europea*, in AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova, XXXI,-2001-2002, 90.

[9] Sent. 12 novembre 1969, causa 29/69, in *Racc. Uff.*, 1969, 419 ss.

gesellschaft del 1970 [10], nei quali si afferma l'asse portante della giurisprudenza comunitaria in materia di diritti: «il rispetto dei diritti fondamentali fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto». In questa sua attività di ricognizione di materiali con i quali costruire un sistema di principi fondamentali non scritti [11], la Corte si serve di quegli «strumenti internazionali concernenti la protezione dei diritti fondamentali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito» (caso *Nold* del 1974) dai quali si possono ricavare indicazioni utili per le decisioni in ambito comunitario. I riferimenti giurisprudenziali sono noti, ai nostri fini possiamo limitarci a ricordare solamente alcuni casi nei quali la Corte si riferisce direttamente alla CEDU.

Il primo è il caso *Rutili* del 1975 [12] nel quale viene attribuita alla Convenzione una particolare rilevanza che, nelle successive decisioni, si affermerà con la circostanza che i diritti CEDU verranno richiamati dalla Corte giust. CE insieme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [13]. Nell'interpretazione della Convenzione la Corte giust. CE ha, in sintesi, fatto sempre più spesso riferimento al significato in cui essa vive nella giurisprudenza della Corte EDU attribuendo, nel contempo, alla CEDU «un particolare significato» (caso *Ert* del 1991) [14]. La Corte ha, inoltre, precisato (caso *Hauer* del 1979) che «nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario».

Per la costruzione dei diritti fondamentali la Corte non appare dunque particolarmente esigente; vanno bene tutti i materiali in qualsiasi modo acquisibili. Acquisizione diretta attraverso *le tradizioni costituzionali* dei paesi membri (che non approfondiremo in quanto oggetto di altra relazione); acquisizione indiretta tramite *i trattati* stipulati dagli stessi Stati. Dalla *biblioteca* degli Stati si prendono i materiali che diventano il parametro per giudicare il diritto comunitario, seppur con qualche eccezione. La Corte, infatti, si premura di sottolineare che, benché competa ad essa «garantire l'osservanza dei diritti fondamentali nel settore spe-

---

[10] Sent. 17 dicembre 1970, causa 11/70, in *Racc. Uff.*, 1970, 1124 ss.

[11] In argomento M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia*, cit., 219.

[12] Sent. 28 ottobre 1975, causa 36/75, in *Racc. Uff.*, 1975, 1219 ss.

[13] Sul punto v. per tutti T. GROPPI, *Commento all'art.* 52, in AA.VV., *L'Europa dei diritti*, a cura di R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, Bologna, 2001, 357.

[14] In argomento, F.G. JACOBS, *Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice?*, in *Eur. Law Rev.*, 2001, 331 ss.; G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. FERRARI, Milano, 2001, 81.

cifico del diritto comunitario, non le spetta, tuttavia, esaminare la compatibilità con la CEDU di una legge nazionale riguardante un campo soggetto alla valutazione del legislatore nazionale» (caso *Cinéthèque* del 1985).

La giurisprudenza della Corte garantisce così l'osservanza dei diritti fondamentali come parte integrante dei principi giuridici generali e ciò avviene mediante tecniche di ricerca *infallibili*: la Corte va a cercare i materiali utili all'interpretazione laddove è possibile trovarli senza, tuttavia, dimenticare l'uso *funzionale* che ne deve fare [15]. Ad esempio, quando la Corte giust. CE si serve della CEDU, ciò accade senza che questa scelta la porti a valutare la compatibilità del diritto nazionale e comunitario con la Convenzione e la scelta è sempre limitata alle norme connesse con il diritto comunitario (caso *Grogan* del 1990). Il consolidamento e l'*implementation* dell'ordinamento comunitario diventa così lo stimolo per la Corte a superare l'assenza di una tutela scritta dei diritti fondamentali nelle Comunità [16].

La tecnica della Corte di *incorporation* dei diritti nell'ordinamento comunitario trova così sbocco nel trattato di *Maastricht* che all'art. 6, § 2, (versione consolidata) del TUE prevede che «l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Appare evidente che il testo dell'articolo sia stato voluto per dotare le Comunità di valori fondamentali così come si erano andati consolidando nella giurisprudenza della Corte di giustizia [17]; entra in questo modo nei trattati l'*acquis jurisprudentiel* che, per mezzo dei principi generali del diritto, ha costruito diritti fondamentali forgiati sugli obbiettivi del diritto comunitario [18].

Anche nel suo più recente cammino verso i diritti la Corte è del tutto immersa in una *atmosfera* europea dei diritti umani [19], in un ambiente ad essi favorevo-

---

[15] In tal senso cfr. L.S. ROSSI, *«Costituzionalizzazione» dell'UE e dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. ROSSI, Milano, 2002, 273 ss. secondo cui l'uso funzionale dei diritti porta la Corte giust. CE ad interpretare in modo riduttivo i diritti CEDU e «tende a privilegiare gli interessi generali della Comunità rispetto ai diritti individuali».

[16] In tal senso cfr. S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: principi strutturali e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 40.

[17] In questa prospettiva vi è chi ritiene che la Carta di Nizza integri «il rinvio dell'art. 6 del Trattato ai principi generali del diritto comunitario, e offre al diritto comunitario … la fonte materiale per il bilanciamento dei valori». Così G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 57.

[18] In argomento cfr. K. LENAERTS-E. DE SMIJTER, *A «bill of rights» for the european union*, in *Common Market Law Review*, 2001, 273 ss.

[19] Per un esame della giurisprudenza comunitaria del 2000 cfr. H. GAUDIN, *Chronique de jurisprudence communautaire 2000*, in *Rev. du Droit Public.*, 2001, 1003.

le [20] che, come ha scritto Weiler, si può riassumere con *The Principle of Constitutional Tolerance* [21], principio questo che si applica solamente se compatibile con la struttura e le finalità delle Comunità [22].

In questo senso la tolleranza può anche apparire come un atteggiamento sostanzialmente ambiguo ed ipocrita nei confronti dei *materiali* utilizzati per le decisioni che, inevitabilmente, vengono piegati agli scopi comunitari. La rappresentazione simbolica di quanto si sostiene è certamente il parere pronunciato dalla Corte di giustizia sulla possibilità di adesione della Comunità alla Convenzione [23]. Su questo tema torneremo più avanti nella relazione, tuttavia non può negarsi che tale parere – ancor prima che rappresentare un atto di *legittima difesa* della Corte giust. CE nei confronti della possibile supremazia della Corte EDU –

---

[20] Cfr. S. SENESE, *La protezione internazionale dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Una Costituzione senza Stato*, a cura di G. BONACCHI, Bologna, 2001, 493 ss.

[21] J.H.H. WEILER*, Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in *www.jeanmonnetprogram.org.*

[22] Per una critica alla *funzionalizzazione* della tutela comunitaria dei diritti v. per tutti M. LUCIANI, *Il lavoro autonomo di una prostituta*, in *Quad. cost.*, n. 2/2002, 398 a commento della pronuncia della Corte di giustizia in materia di prostituzione (sent. 20 novembre 2001, causa 268/99, *Jani e altri*) nella quale la prostituzione viene intesa come «una prestazione di servizi retribuita la quale … rientra nella nozione di «attività economiche» (punto 49) e, di conseguenza, alla Corte giust. CE «non le spetta sostituire la sua valutazione a quella dei legislatori degli Stati membri in cui un'attività asseritamente immorale è lecitamente praticata» (punto 56). Alla luce di tale premessa la Corte rileva che «la prostituzione, lungi dall'essere vietata in tutti gli Stati membri, è tollerata o anche disciplinata nella maggior parte di tali Stati, ed in particolare nello Stato membro interessato dal procedimento principale» (punto 57), «un comportamento non può considerarsi abbastanza grave da legittimare restrizioni all'accesso o al soggiorno, nel territorio di uno Stato membro, di un cittadino di un altro Stato membro, nel caso in cui il primo Stato non adotti misure repressive o altri provvedimenti concreti ed effettivi volti a reprimerlo, ove lo stesso comportamento sia posto in essere da propri cittadini» (punto 60). L'Autore sottolinea in proposito come «anche qui i risvolti etici della questione sono rimasti completamente in ombra, mentre tutta la vicenda è stata letta nella chiave della qualificazione economico-giuridica delle situazioni economiche di vantaggio in giuoco. Sarebbe del tutto ingiustificato imputare ai giudici della Corte di giustizia una qualche mancanza di sensibilità e di attenzione per il tema dei diritti e della dignità della persona, che è inevitabilmente legato alla questione della prostituzione. La Corte deve pronunciarsi in base ai parametri che il diritto comunitario vigente le offre, e tra quei parametri la dignità della persona è assente. La lunga traversata dell'ordinamento comunitario attraverso il deserto dei valori personalistici, per quanto abbia trovato (soprattutto grazie alla stessa giurisprudenza di Lussemburgo) molte oasi, è tutt'altro che conclusa, perché la prospettiva economicista dei Trattati non è venuta completamente meno, e non tutti quei valori sono giudizialmente utilizzabili».

[23] In argomento v. per tutti L.S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il dir. un. eu*, 1996, 839 ss.; A. BULTRINI, *La questione dell'adesione della Comunità europea alla convezione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 97 ss.

segna i confini della attività pretoria della Corte europea che dichiara di non potersi sostituire agli Stati sia nella modifica dei trattati che nelle *political questions* interne [24].

La Corte giust. CE si è, dunque, servita della CEDU e degli altri materiali normativi per legittimare decisioni giurisprudenziali in difetto di altri materiali idonei allo scopo [25], ora la Corte ha però a disposizione una Carta sulla base della quale se non *giustificare* perlomeno *articolare* decisioni, condividendone il valore culturale [26]. Mentre, in precedenza, per poter giudicare la compatibilità *sub specie jura* di atti normativi ed amministrativi comunitari contrastanti con i diritti di singoli cittadini europei (ma anche di cittadini non-europei come si ricava dal caso *Oyowe* e *Traore* c. *Commissione* del 13 dicembre 1989, causa C 100/88) nonché del medesimo contrasto con atti nazionali di attuazione di scelte comunitarie, la Corte doveva cercare al di fuori della propria «comunità politica» le fonti di legittimazione, ora ha accesso ai *medesimi materiali* raccolti in un unico testo per raggiungere questo risultato.

In questa ottica si moltiplicano i segnali che ci inducono ad affrontare la rilevanza giuridica della Carta dei diritti [27]. Vi sono, ad esempio, le decisioni del Tribunale di primo grado del 20 febbraio 2001, in causa T-112/98, *Manne-*

---

[24] In argomento M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia*, cit., 221.

[25] La Corte in questo campo è stata un vero e proprio «catalizzatore» della trasformazione delle istituzioni europee: G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 5.

[26] Sul punto cfr. V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. pubbl/*, 2001, 931. La prima sentenza che fa esplicito riferimento alla Carta, *Max-mobil Telekommunication Service GmbH* c. *Commissione* del 30 gennaio 2002, testualmente prevede che: «poiché nel caso di specie si tratta di un ricorso contro un atto di rigetto di una denuncia, si deve sottolineare, in via preliminare, che il trattamento diligente ed imparziale di una denuncia trova espressione nel diritto ad una buona amministrazione, che rientra tra i principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Infatti, l'art. 41, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 conferma che "ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione"». La sentenza in questione prosegue affermando che occorre «esaminare prima di tutto la natura e la portata di tale diritto e del concomitante obbligo dell'amministrazione, nel particolare contesto dell'applicazione del diritto comunitario della concorrenza ad un caso individuato, come fa valere la ricorrente nel caso di specie». In tale prospettiva il sindacato giurisdizionale viene fatto rientrare «nei principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri*, come è confermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali*, il quale prevede che ogni individuo i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice».

[27] Per una prima visione d'insieme cfr. G. SCALA, *L'emergere della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 250.

smannröeren-Werke AG c. *Commissione delle Comunità europee* [28]; *Max-mobil Telekommunication Service GmbH* c. Commissione del 30 gennaio 2002. Vi sono, tra le tante, le conclusioni dell'Avvocato generale *Léger*, in *Stix-Hackl* presentate il 6 dicembre 2001 in causa C-224/00 *Repubblica italiana* c. *Commissione delle Comunità europee*, dell' Avvocato generale *Jacobs* in causa C-377/98 in materia di scoperte biotecnologiche, quelle dell'Avvocato generale *Tizzano* presentate il 10 luglio 2001 in causa C-353/99 P ed in causa C-173/99, *BECTU*, infine quelle dell'Avvocato generale *Ruiz-Jarabo Colomer* presentate il 4 dicembre 2001 nella causa C-208/00, *Überseering BV* c. *NCC* [29].

Vi sono, infine, le dichiarazioni degli organi politici delle Comunità che si preoccupano di fondare i propri atti sul rispetto dei diritti fondamentali europei. Basti in argomento, solo per fare un esempio tra i tanti, leggere la proposta di regolamento della Commissione UE del 6 febbraio 2002 in tema di sicurezza so-

---

[28] Nella quale si sostiene che «quanto all'eventuale incidenza della Carta, invocata dalla ricorrente (v. il precedente punto 15), nella valutazione della presente causa, occorre ricordare che detta Carta è stata proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione il 7 dicembre 2000. Pertanto la Carta non può avere alcuna conseguenza sulla valutazione dell'atto impugnato, adottato anteriormente» (punto 76). Per un commento cfr. L. MONTANARI, *Una decisione del tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 670 ss.; A. BARBERA, *La carta dei diritti dell'Unione Europea*, relazione al Convegno in memoria di Paolo Barile (Firenze 25 giugno 2001); P. BIAVATI, *L'art. 47 della Carta dei diritti e il processo comunitario: spunti dal caso Mannesmannröeren*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile in Europa*, Torino, 2002, 207 ss. secondo cui «il fascino dell'art. 47 ha avuto il peso: e, per quanto indiretto, si tratta di un primo effetto della Carta dei diritti».

[29] L'Avvocato generale ha qualificato detto principio come un «diritto civile fondamentale» (47). Ai sensi dell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, «qualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione». 79. La qualifica di diritto fondamentale attribuita al diritto di accesso ai documenti costituisce una fase supplementare nell'opera di riconoscimento e di gerarchizzazione di tale principio nell'ordinamento giuridico comunitario. 80. Certamente non si deve ignorare la volontà chiaramente espressa dagli autori della Carta di non dotarla di forza giuridica obbligatoria (48). Ma, a parte qualsiasi considerazione relativa alla sua portata normativa, la natura dei diritti enunciati nella Carta dei diritti fondamentali vieta di considerarla come una semplice elencazione senza conseguenze di principi meramente morali. Occorre ricordare che tali valori hanno in comune il fatto di essere unanimemente condivisi dagli Stati membri, che hanno scelto di renderli visibili trascrivendoli in una Carta, al fine di rafforzarne la tutela (49). La Carta ha innegabilmente collocato i diritti che ne costituiscono l'oggetto al più alto rango dei valori comuni agli Stati membri. *Pertanto il giudice comunitario assume la Carta come testo che riassume i diritti che sono ormai patrimonio comune degli Stati dell'Unione*: come tali, in virtù dell'art. 6 del TUE, già principi generali del diritto comunitario. Nella medesima prospettiva, anche per l'avv. Generale *Tizzano*, la Carta serve a definire e chiarire i *principi generali del diritto comunitario*. Diversa sembra, invece, la posizione di *Jacobs* che si riferisce alla Carta come strumento *proclamato* dalle istituzioni comunitarie e, di conseguenza, per esse vincolante.

ciale per i lavoratori non comunitari, dove si afferma, tra l'altro che: «il regolamento rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi che sono riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»; nonché la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni dal titolo la «*La biotecnologia e le scienze della vita – Una strategia per l'Europa*», Bruxelles, 23 gennaio 2002, dove espressamente si dice: «le nostre società democratiche dovrebbero offrire le garanzie e gli spazi di dialogo necessari ad assicurare che lo sviluppo e le applicazioni della biotecnologia e delle scienze della vita siano rispettosi dei valori fondamentali riconosciuti dalla Carta europea dei diritti umani» [30].

Alla luce di questi *fatti* a rilevanza *costituzionale* dobbiamo ri-valutare quale percorso di armonizzazione potranno trovare le due Corti rispetto alla materia dei diritti, anche perché i segnali che abbiamo non sembrano andare nel senso di sostituire la Carta di Nizza ai materiali usati in passato, primo fra tutti quello di origine transnazionale rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo [31] .

2.2. *La Corte europea dei diritti dell'uomo*

La Corte EDU costruisce la propria identità in modo più semplice e lineare perché, detto in estrema sintesi, non deve cercare altrove i materiali per legittimare la competenza a tutelare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali [32]. La Corte di Strasburgo è stata, infatti, costruita (e poi riformata nel 1998 con l'allargamento della partecipazione al Consiglio d'Europa ad Est e la fusione tra Commissione e vecchia Corte) [33] per svolgere il compito di Corte di ultima istanza – si pro-

---

[30] In materia di biotecnologie v. la sentenza *Pays-Bas* c. *Parlamento e Consiglio* del 9 ottobre 2001, in causa C-377/98 della Corte giust. CE, che nega vi sia stata violazione dei diritti umani da parte della direttiva in materia di biotecnologie.

[31] Sul punto v. le dichiarazioni di A. VITORINO, Commissario europeo per la Giustizia e gli Interni, che nella audizione pubblica del 17 aprile 2002 presso la Commissione dei diritti libertà e dei diritti dei cittadini, della giustizia e degli interni del Parlamento europeo ha prospettato la necessità, nell'ottica di migliorare l'attuale situazione di tutela dei diritti umani a livello europeo, sia di integrare la Carta nei Trattati, sia di far aderire la Comunità alla CEDU. Le dichiarazioni possono leggersi in *www.Europa.eu.int.*

[32] La bibliografia in materia è vastissima. Per le opere in italiano v. per tutti S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001. Per la letteratura europea cfr. *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la direction de L. PETTITI, E. DECAUX et P. IMBERT, Paris, 1999.

[33] Sulla riforma cfr. D.E. TOSI, *Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Riv. dir. comp. ed europeo*, 2000, 147 ss.

nuncia a condizione che siano stati esauriti tutti i ricorsi interni ed entro sei mesi dalla data della decisione interna definitiva (art. 35 della Convenzione) – cui è attribuito il controllo, la verifica, la dichiarazione dell'esistenza della violazione dei diritti di singole persone fisiche, organizzazioni non governative, gruppi di privati o di Stati contraenti la Convenzione europea (artt. 33 e 34 della Convenzione).

Si tratta di una giurisdizione essenzialmente dichiarativa che giudica di comportamenti, atti amministrativi, pratiche amministrative, atti normativi statali, anche di natura costituzionale e finanche di decisioni prese dalle Corti costituzionali degli Stati firmatari della Convenzione.

La Corte EDU è, in particolare, competente a valutare «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli» (art. 32 della Convenzione). Nell'ambito della competenza *ratione materiae* essa valuta l'esistenza di una *qualsiasi* violazione della Convenzione commessa da uno degli Stati contraenti che abbia comportato una lesione, per effetto della violazione *de qua*, di un diritto riconosciuto al soggetto interessato dalla CEDU. L'insieme di queste condizioni è conosciuta in sintesi come competenza *ratione personae* della Corte; competenza questa che deve essere presente insieme alla competenza *ratione materiae* affinché la Corte possa decidere sul caso ad essa sottoposto.

Ripercorrere i quarant'anni di giurisprudenza della Corte non è certamente possibile in questa sede, ci limiteremo quindi a segnalare almeno una *regolarità* utile ai fini della definizione dei profili identitari. Nella sua attività giurisprudenziale la Corte ha sviluppato un percorso autonomo e indipendente nella interpretazione della CEDU – trasformandone «i valori» ed il significato alla luce dei propri precedenti – e ha sempre evitato di entrare nel merito delle decisioni della Corte di giustizia lasciando, in buona sostanza, ad essa il campo assegnatole dai Trattati europei [34]. Agendo in questo modo la Corte di Strasburgo ha mantenuto impregiudicata l'alternativa tra l'adesione formale della UE alla CEDU o la formulazione da parte comunitaria di un vero e proprio catalogo dei diritti.

In sintesi, la Corte di Strasburgo si è affermata come giudice transnazionale di ultima istanza e attraverso la sua giurisprudenza ha costruito un vantaggio concreto per i singoli cittadini, ai quali la Convenzione ha offerto forme di garanzia individuale che si sono talmente radicate da far dubitare che fosse necessaria una *nuova* Carta dei diritti in Europa [35]. Non a caso l'argomento più forte per l'adesione alla CEDU da parte delle Comunità è ancora quello che sottolinea la circostanza che in questo modo vi sarebbe una protezione aggiuntiva dei diritti dei

---

[34] Tra i molti casi che vedono la contrapposizione delle due Corti cfr. la sent. della Corte giust. CE *Wachauf* del 13 luglio 1989. Sul punto cfr. L. MONTANARI, *Una decisione del tribunale di prima istanza fra la CEDU e la Carta di Nizza*, cit., 672.

[35] In tal senso cfr. J.H.H. WEILER, *Does European Union Truly Need a Charter of Rights?*, in *Eur. Law Journal*, 2000, 95.

singoli rispetto a quelle già esistenti; sia perché i singoli avrebbero un ricorso in più, sia perché la Corte EDU potrebbe essere un giudice, realmente, «terzo» rispetto a quello comunitario ed a quelli degli Stati membri [36]. In effetti può dirsi che è proprio il ricorso diretto dei singoli che rappresenta la forza e l'originalità del sistema di protezione della CEDU [37].

Detto in estrema sintesi la Corte di Strasburgo, pur facendo riferimento a parametri sufficientemente omogenei ha potuto, a differenza della Corte del Lussemburgo, sviluppare la propria *doctrine* partendo dalla interpretazione di un *unico* documento giuridico, la CEDU, che è sempre stata utilizzata come documento che stabilisce uno *standard* minimo ed irrinunciabile di tutela dei diritti fondamentali; viceversa la Corte giust. CE si è costruita, interpretando per sé i materiali che aveva a disposizione [38], una tutela dei diritti fondamentali non preesistente ai trattati. Pur partendo da differenti identità *genetiche*, nel corso dello sviluppo dei rispettivi ordinamenti le Corti sono ora giunte ad un punto di svolta nel quale si richiede, secondo i più, l'instaurazione di criteri (o pratiche condivise) di *mutual cooperation* [39].

3. I RAPPORTI SUL PIANO DELL'INTERPRETAZIONE GIURIDICA

Passando dai profili identitari a quello delle reciproche relazioni, i rapporti tra le due Corti possono essere sintetizzati come relazioni fondate sul *reciproco riconoscimento equivoco* [40]. Dal versante del Lussemburgo la giurisprudenza, come si è in precedenza scritto, può essere divisa in due fasi: sino al 1969 la Corte si dichiara incompetente a giudicare sui diritti fondamentali, a partire dalla sentenza *Stauder* del 1969 i diritti fondamentali *entrano* nella ricostruzione dei principi generali del diritto comunitario e la Corte ne diventa il garante principale utilizzan-

---

[36] Così L.S. ROSSI, *op. ult. cit.*, 843.

[37] Cfr. in proposito G. RAIMONDI, *Commento art. 34*, in *Commentario alla Convezione europea*, cit., 559 che sottolinea l'abbandono del ricorso interstatale e la «ricchissima» giurisprudenza sul ricorso individuale. In generale sulla tematica del diritto al ricorso effettivo cfr. A. PERTICI-R. ROMBOLI, *Commento all'art. 13*, in *Commentario*, cit., 377 ss.; S. CECCANTI, *Anche la Corte di Strasburgo arruolata nella «guerra di civiltà»?*, in *Quad. cost.*, 2002, 81.

[38] In argomento cfr. M. CARDUCCI, *Il problema esplicativo delle trasformazioni costituzionali. Appunti per una comparazione di teorie e prassi*, in AA.VV., *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione*, a cura di A. SPADARO, Torino, 2000, 162.

[39] L'espressione è di H.G. SCHEMERS, *Guest editorial*, in *Common market Law Review*, 1998, 4. Di «doverosa cooperazione» scrive la E. PACIOTTI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*: *una cronaca*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, 203.

[40] Così D. SIMON, *Des influences réciproques entre CJGE et CEDH: «je t'aime, moi non plus»?*, in *Pouvoirs*, 96, 2001, 34 ss.

do, a propri fini, la CEDU [41]. Proprio a partire dall'esordio della Corte giust. CE in materia di diritti fondamentali si pone il problema di chiarire i rapporti tra le due Corti, non foss'altro per l'utilizzo congiunto della medesima fonte normativa che, come è evidente, è una questione che si affaccia sin dalle prime sentenze in materia di diritti. Dall'analisi dei travasi di materiale normativo dall'uno all'altro sistema non mancano certamente le sorprese e possiamo notare come il primo campo di rapporti controversi è rappresentato proprio dalla ricostruzione del significato e della portata dei diritti disciplinati dalla CEDU.

Le due Corti, spesso, si pronunciano in modo opposto pur occupandosi del medesimo diritto [42]. Si prenda ad esempio il caso *Hoechst* [43] del 1989 nel quale la Corte giust. CE interpreta il diritto all'inviolabilità del domicilio previsto dalla CEDU all'art. 8 che sarà, soltanto pochi mesi dopo, ricostruito in modo del tutto opposto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Chapell* c. *Regno Unito* del 1989 e confermata dalla sentenza *Niemietz* c. *Germania* del 1992 [44].

L'articolo 8 della Convenzione viene interpretato dalla Corte giust. CE nel senso che *dal diritto al rispetto del domicilio* siano da considerarsi esclusi i locali commerciali aggiungendo che, «d'altra parte, è il caso di osservare l'assenza di una giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo a questo riguardo». L'interpretazione della Corte di Strasburgo è, invece, opposta in quanto estende l'oggetto della tutela offerta dalla Convenzione anche alle attività professionali e commerciali e comprende nella nozione di «domicilio» i locali nei quali le suddette attività vengono esercitate, ponendosi, in tal modo, in aperto contrasto con la precedente decisione della Corte del Lussemburgo [45]. Sempre in applicazione

---

[41] Sul punto cfr. C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights and the Limits of a Judge-Made System*, in *Il Dir. UE*, 1996, 1001.

[42] In argomento per tutti cfr. R. LAWSON, *Confusion and Conflict? Diverging Interpretations of the European Convention on Human Rights in Strasbourg and Luxembourg*, in *Essays Schermers*, III, Londra, 1994, 219 ss.

[43] Sent. 21 settembre 1989, cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst A.G.* c. *Commissione delle Comunità europee*, in *Racc. Uff.*, 1989, 2859 ss.

[44] Sent. 16 dicembre 1992, *Niemietz* c. *Germania*, serie A, vol. n. 251-B. In argomento cfr. O. DORD, *Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complementarité?*, in *Pouvoirs* (96 del 2001) *Les Cours Européennes-Luxembourg et Strasbourg*, 15.

[45] F. SORRENTINO, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, atti del Convegno di Ferrara 2-3 maggio 1997, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1998, 150 imputa le divergenze interpretative alla «diversa prospettiva in cui la Corte stessa si colloca». A questa decisione si aggiunga poi, che il Tribunale di I grado delle Comunità europee, con la sentenza pronunciata in data 20 aprile 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e a.* c. *Commissione delle Comunità europee*, ha confermato la perdurante validità della giurisprudenza *Hoechst*: «va rilevato inoltre che tale giurisprudenza è basata sull'esistenza di un principio generale di diritto comunitario (…), applicabile alle persone giuridiche. Il fatto che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'applicabilità dell'art. 8 della CEDU alle persone giuri-

dell'art. 8, in combinato disposto con l'art. 14 della CEDU, sia la giurisprudenza del Lussemburgo che quella di Strasburgo, convergono nel non assimilare l'unione omosessuale al matrimonio [46]. Detto per inciso, sembra interessante notare che se la Corte giust. CE avesse utilizzato l'art. 9 della CEDU la decisione sarebbe stata diversa poiché, nel caso svedese con il rinvio alle leggi nazionali avrebbe potuto dare ragione al ricorrente [47].

Altra fattispecie che ha registrato interpretazioni pericolosamente oscillanti è quella relativa all'art. 6, n. 1, CEDU. Con riferimento a questa disposizione, infatti, la Corte di giustizia, con l'ord. 4 febbraio 2000, in causa n. C-17/98 caso *Emesa Sugar*, ha concluso per l'inapplicabilità della giurisprudenza *Vermeulen* della Corte EDU al caso dedotto in giudizio, ritenendo così che gli Avvocati generali comunitari non siano comparabili né alla magistratura requirente, né ai pubblici ministeri [48]. In letteratura questa decisione è portata, addirittura, come

---

diche si sarebbe evoluta dopo la pronuncia delle sentenze *Hoechst/Commissione*, *Dow Benelux/Commissione* e *Dow Chemical Ibérica e a./Commissione*, (…) non ha quindi alcuna incidenza diretta sul fondamento delle soluzioni accolte nelle suddette sentenze» (§ 420).

[46] Sent. *Regno di Svezia* c. *Consiglio dell'Unione europea*, del 31 maggio 2001, in cause 122/99 P e 125/99 P, in *Riv. dir. eur.*, 2001, 1519, con commento di B. Pezzini, *Matrimonio e convivenze stabili omosessuali. Resistenza del paradigma eterosessuale nel diritto comunitario e difficoltà del dialogo con le legislazioni nazionali* (*nonostante la Carta dei diritti fondamentali*). In argomento vi sono due recenti sentenza della Corte di Strasburgo. Nel primo *Arrêt, Affaire Frette* c. *France* del 26 febbraio 2002, la Corte ha sancito la non violazione del combinato disposto degli artt. 8 e 14 della CEDU da parte della legislazione francese che non ammette all'adozione le coppie omosessuali. Nella seconda decisione, *Affaire Christine Goodwin* c. *Royame-Uni* dello 11 luglio 2002, la Corte invece riconosce la violazione degli artt. 8 e 12 della CEDU nel caso di un transessuale al quale la Gran Bretagna non riconosceva il diritto a contrarre matrimonio, nonostante la nuova identità sessuale, con una persona dello stesso sesso di nascita.

[47] In Svezia fin dal 1995 la legislazione riconosce la possibilità per le coppie omosessuali di registrarsi ufficialmente come unioni civili.

[48] Si tratta di una domanda di pronuncia pregiudiziale, proposta alla Corte – a norma dell'art. 177 Trattato CE (art. 234 CE) – dal presidente dell'*Arrondissementsrechtbank* dell'Aja, vertente sulla validità della decisione del Consiglio 24 novembre 1997. Con lettera 11 giugno 1999, inviata alla cancelleria della Corte, l'*Emesa Sugar (Free Zone) NV* aveva chiesto di depositare osservazioni scritte in seguito alla presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale. L'*Emesa* si era richiamata alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa alla portata dell'art. 6, n. 1, della Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che stabilisce quanto segue: «Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, ai fini della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta». La ricorrente si era richiamata, in particolare, alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Vermeulen* c. *Belgio* del 20 febbraio 1996, nella quale la Corte di Strasburgo aveva stabilito che «l'impossibilità per l'interessato di replicare al parere» del pubblico ministero presso la Corte di Cassazione belga «prima della conclusione dell'udienza viola il diritto ad un processo contraddittorio, che … implica, in via di

esempio «statistico» del fatto che le convergenze tra le due Corti siano «più apparenti che reali»[49]. Deve, tuttavia, essere sottolineato che nella recentissima sentenza del Tribunale di I grado CE del 3 maggio 2002, causa T- 177/01, *Jégo-Quéré vs. Commissione*, il giudice comunitario si muove in una direzione opposta, fondando sugli artt. 6 e 13 della CEDU e sull'art. 47 della Carta la sua decisione di ampliare il «diritto ad un ricorso effettivo» in ambito comunitario relativamente ad atti comunitari che sino a questa decisione non erano suscettibili di gravame. Il tribunale, infatti, ammette la possbilità di contestare *immediatamente* la legittimità di disposizioni comunitarie di portata generale che colpiscano in modo diretto la situazione giuridica del ricorrente (punto 47)[50].

Altrettanto potrebbe dirsi del diritto alla libertà di espressione sancito dall'art. 10 della CEDU che vide il celeberrimo contrasto tra le due Corti su analoghe questioni relative alla conformità di misure nazionali alla CEDU: sentenze

---

principio, la facoltà per le parti di un processo penale o civile di venire a conoscenza di tutti i documenti e di tutte le osservazioni presentate al giudice, anche da un magistrato indipendente, per influenzare la decisione, nonché di discuterle». Tuttavia, la Corte del Lussemburgo, pur dopo aver ribadito l'importanza dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e di quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – *ex* art. 6, § 2, TUE – come principi generali di diritto comunitario, ha dichiarato l'inapplicabilità della giurisprudenza *Vermeulen* al caso di specie, sulla base delle seguenti argomentazioni. «Ai sensi degli artt. 221 CE e 222 CE la Corte di giustizia è composta di giudici ed assistita da avvocati generali», e «dal titolo I dello Statuto CE della Corte di giustizia …, risulta chiaramente che gli avvocati generali hanno lo stesso *status* dei giudici, in particolare per quanto riguarda l'immunità e le cause di ricusazione, garantendo loro piena imparzialità e indipendenza» (§ 11). «Gli avvocati generali … non sono né una magistratura requirente né un ufficio di pubblico ministero …; nell'esercizio delle loro funzioni essi non perseguono la difesa di alcun tipo di interesse» (§ 12). «Il ruolo dell'Avvocato generale … consiste, … nel presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause sottoposte alla Corte …» (§ 13). «… Le conclusioni dell'Avvocato generale pongono termine alla fase orale del procedimento. Collocandosi al di fuori del dibattimento, esse aprono la fase della deliberazione da parte della Corte. Non si tratta pertanto di un parere rivolto ai giudici o alle parti proveniente da un'autorità esterna alla Corte …, bensì dell'opinione individuale, motivata ed espressa pubblicamente, di un membro dell'istituzione stessa» (§ 14). «L'Avvocato generale infatti partecipa pubblicamente e personalmente al processo di elaborazione della decisione giudiziaria e, di conseguenza, all'esercizio della funzione giurisdizionale affidata alla Corte» (§ 15). «Tenuto conto del nesso tanto organico quanto funzionale esistente tra l'Avvocato generale e la Corte, … la citata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo non risulta applicabile alle conclusioni degli avvocati generali» (§ 16). In argomento cfr. P. MENGOZZI, *La tutela dei diritti umani nella giurisprudenza comunitaria*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit., 45.

[49] Così cfr. B. CONFORTI, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2000, 423 ss.

[50] In argomento cfr. R. CALVANO, *Un felice révirement: il giudice comunitario allarga le maglie del ricorso individuale in base alla Cedu e alla Carta di Nizza*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it.*

Grogan [51] e *Open Door and Dublin Well Woman* c. *Irlanda* [52] che concludono in modo opposto rispetto alla sussistenza della violazione di tale libertà in analogo caso di associazioni senza scopo di lucro che prestavano assistenza, prevalentemente, a carattere informativo in materia di interruzione volontaria della gravidanza.

Tuttavia, di recente, proprio con riferimento all'art. 10 della CEDU la Corte giust. CE sembra ritornare sui suoi passi [53]. Nella sentenza del 6 marzo del 2001, causa C-274/99 P, caso *Connolly* c. *Commissione* la Corte definisce i limiti della libertà di espressione dei dipendenti comunitari, con riferimento alle pubblicazioni relative alle attività della Comunità che essi, in virtù dell'art. 17 dello Statuto delle Comunità europee, devono sottoporre ad autorizzazione preventiva [54]. Il signor *Connolly*, dipendente della Commissione, in seguito alla pubblicazione di un libro senza aver richiesto la preventiva autorizzazione, viene sottoposto ad un procedimento disciplinare. Su parere della commissione di disciplina egli viene destituito ed il Tribunale di primo grado, adito per ottenere l'annullamento della decisione di destituzione, respinge il ricorso [55].

Il ricorso contro la sentenza del Tribunale, motivato sulla contrarietà dell'articolo 17 dello Statuto con l'art 10 della CEDU, viene respinto dalla Corte giust. CE, nella sua veste di «supremo giudice comunitario» [56], sulla base della considerazione che i diritti fondamentali, tra i quali vi è la libertà d'espressione, «fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario» (37). Tale libertà viene richiamata nella sentenza nel modo in cui essa vive nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte comunitaria citando espressamente la Corte EDU [57] ritiene, infatti, che «la libertà di espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica, una delle condizioni basilari per il progresso di tale società e per il pieno sviluppo di ogni singola persona. Salvo quanto previsto dall'art. 10, n. 2, della CEDU» (39). Alla luce di tale premessa, tuttavia, le limitazioni alla libertà di espressione previste

---

[51] Sent. 4 ottobre 1991, causa 159/90, in *Racc. Uff.*, 1991, 4685 ss.

[52] Sent. 29 ottobre 1992, serie A, vol. n. 246.

[53] Per i casi del 2000 cfr. H. GAUDIN, *Chronique de jurisprudence communautarie 2000*, cit., spec. 1017.

[54] Per un commento cfr. M. SAVINO, *La libertà di espressione delle opinioni dei funzionari dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 859 ss.

[55] Sentenza del Tribunale di primo grado 19 maggio 1999, *Connolly* c. *Commissione*, cause riunite T-34/96 e T-163/96, in *Racc. PI*, I-A-87 e II-463.

[56] In argomento cfr. F.G. PIZZETTI, *Il ruolo delle Corti di giustizia nei modelli federali*, in AA.VV., *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, a cura di A.M. PETRONI, Bologna, 2001, 123 ss., spec. 188 ss.

[57] Anche se vi è chi ritiene che «il richiamo al lavoro dei colleghi della Corte dei diritti dell'uomo è …, forse, più strumentale che generoso», P. BIAVATI, *L'art. 47 della Carta dei diritti*, cit., 213.

dall'art. 10, n. 2, della CEDU «debbono essere interpretate in maniera restrittiva» (41), ossia è necessario, sulla scorta della giurisprudenza della Corte EDU che le restrizioni siano «pertinenti, sufficienti e proporzionate» in relazione allo «scopo legittimo perseguito» (42). La necessità di richiedere un'autorizzazione preventiva per la pubblicazione di opere il cui oggetto sia attinente all'attività delle Comunità rientra, di conseguenza, nella «tutela dei diritti altrui» prevista dallo stesso articolo della Convenzione, «nella fattispecie i diritti delle istituzioni incaricate di compiti di interesse generale, sul corretto svolgimento dei quali i cittadini devono poter fare affidamento» (46). Siffatta disciplina sulla preventiva autorizzazione riflette dunque il rapporto di fiducia che deve esistere tra un datore di lavoro e i suoi dipendenti, in particolare allorché questi ultimi esercitano alte funzioni di natura pubblica.

La Corte, infine, ricorda che il giudice comunitario deve garantire «un giusto equilibrio» tra la libertà di espressione ed «il legittimo interesse dell'istituzione a vigilare a che i suoi dipendenti operino nel rispetto dei doveri e delle responsabilità connessi alle loro funzioni» (48). La vicenda giudiziaria si conclude con il soccombente signor *Connolly* il quale non viene destituito perché non aveva richiesto l'autorizzazione preventiva ai fini della pubblicazione o perché aveva espresso un'opinione discordante; «bensì in quanto egli aveva pubblicato uno scritto nel quale aveva severamente criticato, e perfino ingiuriato, membri della Commissione ovvero altri superiori gerarchici e messo in discussione gli orientamenti fondamentali della politica della Comunità» (62). Alla luce di tali fatti, la Corte ritiene che il ricorrente abbia in maniera irreparabile deluso la fiducia che la Commissione ha il diritto di esigere dai propri dipendenti e reso, di conseguenza, «impossibile il mantenimento di un qualsiasi rapporto di lavoro con l'istituzione» (62).

Appare evidente che i rapporti tra la Corte del Lussemburgo e quella di Strasburgo si siano sviluppati su un binario di libertà di interpretazione nell'applicazione dei diritti fondamentali [58].

Non mancano, oltre al caso *Connolly*, ulteriori casi in cui le relazioni si pongono su un piano di collaborazione e di «reciproco rispetto» [59]; anche in questi casi la Corte di giustizia ha utilizzato la Convenzione e si è, espressamente, riferita alla giurisprudenza della Corte EDU. Altro esempio che può essere fatto è quello della decisione sul caso *Grant* che può essere utile ricordare brevemente [60].

---

[58] In argomento G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e convenzione europea*: *una relazione complessa*, in *La difficile Costituzione*, cit., 211 ss.

[59] Cfr. I. CANOR, *Primus inter pares. Who is the ultimate guardian of fundamental rights in Europe?*, in *Eur. Law Rev.*, 2000, 3 ss.

[60] Sentenza 17 febbraio 1998, causa 249/96, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1362 ss. Per un commento cfr. C. FAVALLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti*, in *La difficile Costituzione*, cit., 235; G.B. GALLUS, *Le agevolazioni di viaggio e la loro concessione sulla base dell'orientamento sessuale del dipendente*, in *Diritto dei trasporti*, 2000, 455.

La signora *Grant* nel 1995 si era vista negare dal proprio datore di lavoro la concessione di alcune agevolazioni di viaggio – previste dal suo contratto di lavoro a favore del coniuge legittimo o, comunque, del *common law opposite sex spouse* – per la compagna di sesso femminile con cui dichiarava di avere un relazione significativa da più di due anni. Avverso il diniego la *Grant* aveva proposto ricorso dinanzi all'*Industrial Tribunal* di *Southampton*, sostenendo di essere stata vittima di una «discriminazione fondata sul sesso», contraria, tra l'altro, all'art. 119 (art. 141 nuova numerazione) del Trattato CE. L'*Industrial Tribunal* aveva, di seguito, adìto la Corte del Lussemburgo chiedendole, in via pregiudiziale, se la «discriminazione fondata sul sesso», di cui all'art. 119 Trattato CE, potesse comprendere la discriminazione fondata sull'orientamento sessuale del lavoratore. La risposta della Corte giust. CE è a favore della legittimità comunitaria del diniego del datore di lavoro in quanto «*allo stato attuale* del diritto nella Comunità, le relazioni stabili tra due persone dello stesso sesso non sono equiparate alle relazioni tra persone coniugate od alle relazioni stabili fuori del matrimonio tra persone di sesso opposto (35)». Laddove per *stato attuale* s'intende lo *stato di consapevolezza* cui è giunta sia la disciplina normativa degli Stati membri, sia la giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo «che, nonostante i mutamenti odierni delle mentalità nei confronti dell'omosessualità, le relazioni omosessuali durevoli non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto al rispetto della vita famigliare (33)».

La possibilità che si verifichino divergenze interpretative tra giudici *costituzionali* che concorrono nella tutela dei medesimi diritti potrebbe certamente rientrare nella «fisiologia» dello *iuris-dicere*. Quest'ultima attività è, infatti, compenetrata nella creatività che può scaturire da variabili interpretative dettate dal diverso contesto nel quale la causa è sorta, nonché dalle peculiarità del sistema giuridico cui appartiene il soggetto investito dell'applicazione e, quindi, dell'interpretazione di un dato diritto. Basti semplicemente ricordare che le stesse disposizioni della CEDU prevedono che l'esercizio di un considerevole numero di diritti da esse contemplati può essere limitato in funzione della tutela di determinati interessi generali.

Gli esempi, a tal proposito, si moltiplicano: lo stesso art. 8 della Convenzione, dopo aver sancito il diritto di ogni persona al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza, al secondo comma precisa che «non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese, per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Ciò significa che la CEDU affida al legislatore il compito di bilanciare il fondamentale diritto al rispetto della vita privata e familiare con gli interessi, la cui tutela sia parimenti necessaria in una «società democratica» che, nel caso di specie, si contrappongano al libero esercizio di tale diritto.

I problemi di contrasto tra le Corti possono dunque sorgere anche sulla *ragionevolezza* del bilanciamento tra interessi contrapposti, determinata da una fonte normativa comunitaria. In questa ipotesi, infatti, il giudizio di legittimità del bilanciamento operato compete agli organi giudiziari comunitari, in assenza di un controllo diretto sugli atti comunitari da parte degli organi di Strasburgo. E' necessario, a questo proposito, ricordare che, a partire dalla sentenza *Nold*, la Corte di giustizia ha gradualmente elaborato la c.d. «dottrina dei limiti ai diritti fondamentali», secondo la quale: «nell'ordinamento giuridico comunitario, appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni limiti giustificati dagli obiettivi d'interesse generale perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi» [61]. Se nella citata sentenza la Corte di giustizia ha fatto espressamente menzione del solo criterio dell'intangibilità della «sostanza» dei diritti limitati, nelle pronunce successive, e in particolare nella sentenza sul caso *Hauer*, 13 dicembre 1979 [62], essa ha stabilito l'ulteriore condizione della «ragionevolezza», o della «proporzionalità», cui devono sottostare tutti i provvedimenti comunitari limitativi dei diritti fondamentali.

Non è certo semplice prevedere se il giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interessi contrapposti – effettuato dalla Corte di giustizia in occasione della valutazione della legittimità del provvedimento comunitario delimitante l'esercizio del diritto previsto dalla CEDU – coincida con quello che verrebbe realizzato dalla Corte europea dei diritti umani, oppure se ne allontani rischiando, in quest'ultimo caso, di riconoscere al diritto garantito dalla Convenzione una portata diversa da quella individuata dalla Corte di Strasburgo [63]. È sempre accaduto tuttavia che, pur interpretando la medesima disposizione, la Corte europea dei diritti umani abbia scelto di attribuirle il significato ch'essa abbia ritenuto maggiormente funzionale agli obiettivi della Convenzione, mentre la Corte di giustizia ha riconosciuto l'accezione più funzionale agli obiettivi comunitari [64].

Abbiamo così una parte della giurisprudenza della Corte giust. CE che si pone in stretta e coerente applicazione della giurisprudenza di Strasburgo, riconosce alle decisioni della Commissione e della Corte EDU di essere parte integrante del «diritto della Comunità» e fa proprie sia le interpretazioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo che quelle della Corte EDU [65]. La Commissione ha infatti da sempre considerato «le relazioni omosessuali durevoli» come

---

[61] Sent. 14 maggio 1974, causa 4/73, in *Racc. Uff.*, 1974, 491 ss., § 14, 507.

[62] Sent. 13 dicembre 1979, causa 44/79, in *Racc. Uff.*, 1979, 3727 ss., § 17, 3745.

[63] Cfr. K. LENAERTS, *Fundamental rights in the European Union*, in *Eur. Law Rev.*, n. 6, 2000, 575 ss., in partic. 581-582.

[64] Cfr. A.G. TOTH, *The European Union and Human Rights: the way forward*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, n. 3, 1997, 491 ss., in partic. 499.

[65] In argomento per tutti cfr. G. TESAURO, *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Annuario 1999-La Costituzione europea*, Padova, 2000, 315 ss.

non riferibili al diritto del rispetto alla vita familiare tutelato dall'art. 8 della Convenzione; del resto la Corte europea dei diritti dell'uomo interpreta l'art. 12 della Convenzione nel senso che si applica unicamente al matrimonio tradizionale tra due persone di sesso biologico diverso» [66]. La Corte giust. CE opera così una *integration douce* dei valori della CEDU nell'ordine giuridico comunitario [67].

Da quanto sin qui descritto appare evidente che la iniziale definizione dei rapporti che si è proposta, ossia del *reciproco riconoscimento equivoco*, sia pienamente giustificata dalla, sia pur breve, analisi della giurisprudenza delle due Corti. L'analisi della giurisprudenza non è, di conseguenza, in grado di fornire *regolarità* di comportamento univoche che possano indirizzare l'interprete nella soluzione dei paventati conflitti che si potranno acuire con la proclamazione della Carta dei diritti [68]. L'unico dato certo che si può ricavare è che il sistema di tutela *giurisdizionale* dei diritti non riesce da sé a trovare meccanismi di auto-riforma e tende a rimanere quello che è: un sistema essenzialmente giurisdizionale di tutela dei diritti [69].

4. I CONFLITTI REALI E VIRTUALI: *STRASBURGO* VS. *LUSSEMBURGO*?

Passando dalla analisi dei singoli *cases* alla disciplina giuridica di soluzioni normative adottate per ridurre il rischio dei conflitti, abbiamo ricordato più volte che Strasburgo si serve di una Carta dei diritti fondamentali parziale e datata, la CEDU, che essa stessa ha contribuito a rendere viva tanto da non riuscire a distinguerla da una vera e propria carta «giurisprudenziale» dei diritti. Viceversa Lussemburgo non ha mai, completamente, riconosciuto alla Corte EDU questo ruolo di interprete autentico sia della Convenzione che dei diritti fondamentali in genere. La maggiore novità in questo campo è ora rappresentata dall'art. 52 della Carta di Nizza [70].

---

[66] *Ibidem*, § 32-33.

[67] In sostanziale coerenza con questo approccio si può citare anche il caso *Baustahlgewebe Gmbh* del 17 dicembre 1998 dove la Corte giust. CE applica coerentemente la giurisprudenza di Strasburgo e considera irragionevolmente lungo un processo davanti al Tribunale di prima istanza. In proposito cfr. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *Splendeurs et Misères de l'ordre public européen*, in *Cahiers de droit européen*, 2000, 717.

[68] In argomento cfr. L.M. DIEZ-PICAZO, *Notes sur la nouvelle charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 665 ss.

[69] In tal senso cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, 449.

[70] Sulla portata dei diritti garantiti cfr. L.P. COMOGLIO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile*, cit., 238.

Senza poter nemmeno sfiorare l'intenso e approfondito dibattito sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tuttavia uno dei sentieri che portano alla *mutual cooperation* tra le Corti parte proprio da qui. L'articolo in questione al primo paragrafo prevede che «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta» debbano «essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà»; «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità d'interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». Clausola limitativa generale dei diritti che non trova, però, applicazione per i diritti che «trovano fondamento nei trattati comunitari o nel Trattato dell'Unione» (§ 2). Per quanto, specificamente, attiene ai diritti «corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», il terzo paragrafo del suddetto articolo stabilisce che «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione», salva la facoltà per il diritto dell'Unione di concedere «una protezione più estesa».

Dagli *atti preparatori* – nota del *Presidium* dell'11 ottobre 2000 – si ricava che il legislatore comunitario non può apportare all'esercizio di tali diritti, limiti ulteriori o più intensi di quelli previsti dalla CEDU. La nota in questione elenca, di seguito, i diritti contenuti nella Carta che hanno «significato e portata identici agli articoli corrispondenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» [71].

Vi sono poi articoli che hanno «significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU ma la cui portata è più ampia» (ad esempio, l'art. 9 della Carta, che prevede il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, ha lo stesso significato dell'art. 12 CEDU, ma il suo ambito di applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale). Ad ogni modo, ai diritti della Carta desunti dalla CEDU non possono essere attribuiti né un significato diverso, né una portata più circoscritta di quelli risultanti dalla Convenzione [72]. Sotto questo profilo, appare chiaro il legame tra l'art. 52 e l'art. 53 della Carta, fortemente voluto dal Consiglio d'Europa, in virtù del quale il livello di protezione offerto dalla Carta medesima ai diritti tratti dalla CEDU non può in alcun caso essere inferiore a quello garantito da quest'ultima [73].

Da quanto sopra detto si ricava l'altissimo tasso di consapevolezza della pos-

---

[71] Tra questi v. l'art. 2 – corrispondente all'art. 2 CEDU – che sancisce il diritto alla vita; l'art. 4 – corrispondente all'art. 3 CEDU che proibisce la tortura e le pene o trattamenti inumani o degradanti; l'art. 7 – corrispondente all'art. 8 CEDU – che tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

[72] Cfr. P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dell'art. 52*, in *La Carta dei diritti*, cit., 127 ss.

[73] In argomento per tutti i commenti di T. GROPPI e M. CARTABIA, in *L'Europa dei diritti*, cit., 344 ss.

sibilità dei conflitti e si ricava, inoltre, che proprio da parte comunitaria vi è il tentativo di ridurne il rischio al minimo. Tale posizione comunitaria potrebbe risolversi proprio a favore della Corte giust. CE per il ruolo di Corte costituzionale europea [74]. Il conflitto per tanti anni latente sarebbe, quindi, sul punto di deflagrare definitivamente e si tratta di capire se la solenne proclamazione della Carta di Nizza riduca o aumenti le possibilità di conflitto.

Le prove giurisprudenziali dei conflitti e le prove giurisprudenziali della cooperazione in precedenza esaminate non sono di per sé sufficienti ad allontanare il pericolo di conflitti. Abbiamo potuto notare come la Corte del Lussemburgo si sia appropriata della giurisprudenza di Strasburgo, nel senso che i diritti CEDU sono tendenzialmente intesi nel significato in cui «vivono» nella sua giurisprudenza: così Strasburgo certamente tiene conto nelle sue decisioni della giurisprudenza del Lussemburgo. Utilizzando tecniche decisorie similari [75], le Corti si riconoscono reciprocamente il carattere autonomo e la natura specifica dei rispettivi ordinamenti giuridici che scaturiscono dalla CEDU e dai trattati. In effetti, i rapporti tra le istituzioni comunitarie da un lato – in particolare, le Corti – e gli organi di Strasburgo dall'altro, sembrano essersi assestati in termini di rispetto della reciproca autonomia [76]. La Corte del Lussemburgo ed il Tribunale di primo grado si rifiutano di agire come organi subordinati alla giurisdizione della Corte di Strasburgo, ma si dimostrano, comunque, disposti a rispettarne la giurisprudenza, come risulta, in particolare, dalle sentenze *Grant*, *Baustahlgewebe* e, soprattutto, dalla recente pronuncia in relazione alla causa *Mannesmannröhren-Werke AG* c. *Commissione* [77], nella quale il Tribunale di primo grado ha sottolineato, non a caso, che «il diritto comunitario riconosce il principio fondamenta-

---

[74] Così R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il trattato di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2001, 246.

[75] In argomento cfr. J. BENGOETXEA, *The legal reasoning of the euroepan court of justice*, Oxford, 1993, 79-78.

[76] Come rilevato da I. CANOR, *Primus inter pares*, cit., 5; analogamente, cfr. M.A. ROSSI, *Una Corte costituzionale per l'Europa: ipotesi o realtà?,* in *Riv. int. dir. uomo*, n. 1, 1998, 435 ss., in partic. 441, la quale preferisce parlare di «rapporto di collaborazione e ordinamento tra la Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo, utilizzando una formula non del tutto convincente, giacché le due Corti – come rilevato dalla stessa autrice a pag. 440 – rimangono distinte: «dal punto di vista istituzionale e delle attribuzioni formali di competenza». Solo la Corte di giustizia è competente a giudicare della legittimità degli atti comunitari secondari, ed unicamente «in tale occasione e sede estende il suo sindacato di legittimità giurisdizionale anche a profili di conformità con i principi essenziali che presiedono in materia di diritti e di libertà fondamentali dell'individuo», mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo «si pronuncia direttamente e con competenza specifica ed esclusiva» sull'inosservanza delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli che concreti una lesione dei diritti fondamentali in essi previsti, accordando alla parte lesa, qualora ritenga esistente una tale violazione, un'equa soddisfazione.

[77] Sent. 20 febbraio 2001, causa T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke AG* c. *Commissione*, in *Racc. Uff.*, 2001, 729 ss.

le del rispetto dei diritti della difesa e quello del diritto a un processo equo». Principi, questi, «che offrono … una protezione equivalente a quella garantita dall'art. 6 della CEDU»; dal canto loro, gli organi di Strasburgo non ammettono di interferire nel livello di protezione dei diritti umani nella CE finché detti diritti ricevano in questo una tutela equivalente.

Indicazioni in senso contrario potrebbero ricavarsi dal celeberrimo caso *Matthews* c. *Regno unito* del 18 febbraio 1999, ove la Corte di Strasburgo – pur riconoscendo «che gli atti delle Comunità europee non possono essere impugnati come tali davanti alla Corte, perché la Comunità in quanto tale non è parte contraente» – decide di valutare il rispetto dei diritti sanciti dalla CEDU da parte degli atti interni di attuazione del diritto comunitario. Ciò avviene in quanto gli Stati membri sono pur sempre responsabili della attuazione interna del diritto comunitario potenzialmente lesivo della Convenzione [78].

La Corte di Strasburgo considerandosi interprete e giudice idoneo del diritto comunitario derivato [79], anticipa i termini di una necessaria *actio finium regundorum*, dove i confini sono: ridurre al minimo il rischio dei conflitti e garantire una maggiore certezza dei diritti [80]. Dall'integrazione *dolce* al progressivo assorbimento della tutela dei diritti fondamentali nella sfera della Corte di giustizia il passo è, infatti, molto breve [81]. Come detto la Corte del Lussemburgo nel parere

---

[78] Per una rassegna completa dei casi più recenti cfr. L. BURGORGUE-LARSEN, *Chronique de jurisprudence européenne comparée*, in *Revue du droit public*, 2001, 693 ss.

[79] V. sul punto la posizione di B. CONFORTI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la convenzione europea dei diritti umani*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, cit., 13 che ritiene che «in casi del genere il diritto comunitario non entra in linea di conto … la sentenza *Matthews* non aveva bisogno, per decidere, di affermare, come ha fatto, che il trasferimento di competenze alle Comunità europee «non fa scomparire la responsabilità degli Stati membri» … lasciando così intendere che per l'esclusione degli abitanti di Gibilterra dalle elezioni tutti i paesi membri dell'Unione europea avrebbero potuto essere chiamati a rispondere». Nello stesso senso cfr. G. TESAURO, *Ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei principi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *Annuario*, cit., 321 che sottolinea «che la norma in questione non rientra nel novero del diritto comunitario derivato, ma nelle norme pattizie: in quanto tale sfugge al controllo della Corte di giustizia, non trattandosi di un atto comunitario, emanato dalle istituzioni». Nella stessa linea di pensiero vi è anche A. MANZELLA, *Il Parlamento federatore*, in *Quad. cost.*, 2002, 39 che cita il caso *Matthews* come decisione che afferma il «diritto al parlamento» come diritto collegato ad uno *status civitatis*.

[80] Sull' *actio finium regundorum* cfr. A. MANZELLA, *Dopo Nizza: la Carta dei diritti «proclamata»*, in *La carta dei diritti fondamentali*, cit., 243.

[81] In tale prospettiva cfr. D. NICOL, *Lessons from Luxembourg: Federalization and the Court of Human rights*, in *Eur. Law rev.*, 2001, 17-18, che interpreta *Matthews* nel senso che «*the manifest theme … that Strasbourg Court wants to be above the Luxembourg Court … masks its latent theme: that the Strasbourg Court wants to be like the Luxembourg Court*», ossia che le «*national courts must enforce its conception of fundamental rights in preference to any rival conceptions emanating from Luxembourg*».

del 28 marzo 1996 aveva negato l'ammissibilità, salvo riforma dei trattati, della adesione delle istituzioni europee come tali alla Convenzione. Di conseguenza, la Corte di Strasburgo non ha potuto pronunciarsi sulla legittimità degli atti degli organi comunitari come tali, comprese le sentenze della Corte del Lussemburgo, utilizzando la CEDU come fonte formale. In questo contesto i rapporti tra le due Corti sono destinati a rimanere circolari, sino a quando non si chiarirà il futuro istituzionale dell'Europa vi sarà una circolarità di reciproco e sospettoso rispetto.

I conflitti sono possibili perché la UE si rende sempre più autonoma rispetto alla CEDU – la Carta di Nizza, al di là dei problemi relativi alla sua efficacia ne è un esempio – non foss'altro per il fatto che la CEDU non è che *uno* dei materiali utilizzati per scrivere la Carta europea dei diritti. I conflitti potrebbero sorgere proprio dalla fusione di materiali eterogenei [82]. Tuttavia nel contempo emerge con chiarezza che il rischio della doppia pronuncia divergente fosse altrettanto probabile prima della emanazione della Carta.

5. Conclusioni

Dobbiamo dunque aspettarci in futuro un permanente stato di conflitti?

In realtà possono essere individuate alcune soluzioni che tengano conto dell'effetto principale della proclamazione della Carta dei diritti: la consacrazione ufficiale dell'esistenza di *due* sistemi europei di protezione dei diritti fondamentali [83], di due sistemi di tutela dei diritti *senza Leviatano* [84].

---

[82] In argomento cfr. M.P. Chiti, *L'architettura del giudiziario europeo dopo il trattato di Nizza: la lenta evoluzione dall'eclettismo al razionalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 957-958, che ritiene che la Carta dei diritti fondamentali porterà le due Corti ad un rapporto di «tipo orizzontale».

[83] Tra i tanti cfr. J.P. Jacquè, *La charte des droits fondamentaux de l'union européenne générale*, in *La carta dei diritti fondamentali*, cit., 55. Il mantenimento di due sistemi di tutela separati sembra confermato anche dalla proposta di decisione-quadro in materia di mandato di cattura europeo (doc. COM-2001, 522 final/2001/0215 CNS del 25 settembre 2001) cita i due sistemi europei come sistemi che, paritariamente, ne rappresentano il limite e, quindi, la garanzia. A p. 5 del documento si legge infatti che «*the issuing and execution of European arrest warrants, the national courts will of course remain subject to the general norms relating to protection of fundamental rights, and particularly the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and the Charter of Fundamental Rights of the European Union*».

[84] L'espressione è di O. Chessa, *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e «integrazione costituzionale europea»*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, a cura di R. Nania-P. Ridola, I, Torino, 2001, 109. Sulla dimensione internazionale e sovranazionale della tutela dei diritti cfr. A. Ruggeri, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, in

La prima, che potremmo definire *sussidiaria*, può attivarsi mediante l'incorporazione nei Trattati istitutivi – o in un'eventuale «Costituzione europea» – della CEDU [85]. La Corte di giustizia sarebbe obbligata in questo modo ad adeguarsi allo *standard* minimo di tutela offerto dalla Convenzione, ferma restando la facoltà di concedere un livello di tutela più elevato al quale si potrebbe arrivare, invece, integrando la Carta di Nizza nei Trattati, evitando così di continuare sulla strada di una politica giurisprudenziale di «incorpoprazione selettiva dei diritti» [86]. In questo modo, le possibilità che insorga un vero e proprio conflitto tra le due giurisdizioni – che, è bene sottolinearlo, si esercitano su due *territori* molto diversi uno *internazionale* e l'altro *sovranazionale* – risulterebbero considerevolmente ridotte, in quanto il margine di discrezionalità lasciato dalla Carta dei diritti alla Corte del Lussemburgo si limiterebbe alla fascia di protezione superiore a quella «di base» offerta dalla CEDU [87]. Un vero e proprio contrasto avrebbe ragion d'essere soltanto nel caso – piuttosto improbabile – in cui la Corte di giustizia riconoscesse ad un diritto della Convenzione una portata più ristretta di quella allo stesso attribuita dalla Corte di Strasburgo [88].

Una seconda soluzione è quella di prevedere, previa la descritta adesione, una sorta di *pregiudiziale* «vincolante o solo consultiva, della Corte di Strasburgo in quanto Corte avente una competenza ed esperienza specifica» [89]. Un ragionamento analogo mi sembra emergere dalla sentenza del 2000, la *Bananenmarktordnung Urteil*, della Corte federale tedesca. In tale sentenza si stabilisce il principio dell'obbligo di astensione del giudice costituzionale su un caso individuale di violazione di diritti fondamentali da parte del diritto comunitario, a meno che

Dir. pubbl. comp. eu., 2001, 544 ss.; A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fondamentali tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2001, 621 ss.

[85] In argomento cfr. R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *Introduzione*, in *L'Europa dei diritti*, cit., 27 ss. In generale cfr. U. DE SIERVO, *Una ricerca sulla Costituzione europea come problema*, in AA.VV., *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi*, a cura di U. DE SIERVO, Bologna, 2001, 13 ss.; A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 629 ss.

[86] Per questa espressione cfr. G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 80 e per l'adesione a questa soluzione *pluralistica* spec. 111. Nello stesso senso cfr. L.S. ROSSI, *«Costituzionalizzazione» dell'UE*, cit., 278-279, secondo cui «rafforzando i poteri della Corte di Strasburgo nei confronti di quella di Lussemburgo, si metterebbe la prima nella stessa posizione, rispetto alla seconda, delle Corti costituzionali o supreme degli Stati membri, creando un rapporto fra Carta e Convenzione europea non dissimile da quello che esiste fra Costituzioni nazionali e Convenzione europea».

[87] In argomento cfr. F. CARPI, *Prime considerazioni sulle garanzie processuali della Carta dell'Unione europea*, in *Diritti fondamentali e giustizia civile*, cit., 223.

[88] Sul problema della pluralità dei livelli di giurisdizione *dopo* la proclamazione della Carta cfr. *La carta europea dei diritti fondamentali o dell'ambivalenza*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 917.

[89] Così B. CONFORTI, *La carta*, cit., 17. Nello stesso senso per quanto attiene al *versante* statale cfr. F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 91-92.

non si dimostri che il caso dedotto in giudizio non palesi un rifiuto *generale* delle Comunità di assicurare uno *standard* equivalente di protezione dei diritti fondamentali a livello comunitario [90]. In questa decisione «la parola determinante è *generale* essa richiede una estesa verifica di come gli organi dell'Unione proteggono il diritto fondamentale in questione» [91]. In via di principio, il controllo preventivo della compatibilità degli atti comunitari con i diritti fondamentali della CEDU e l'adozione della Carta dei diritti fondamentali porterebbe ad una maggiore protezione dei diritti a livello europeo, anche in prospettiva dell'allargamento dell'Unione [92].

In entrambi i casi le possibili ambiguità vengono risolte con la creazione di un legame formale che, partendo da una riforma dei Trattati (ed anche della Convenzione) [93], sembra in linea con l'ampiezza delle possibili combinazioni dei futuri legami tra democrazia, sovranità e diritti così come emergono dallla dichiarazione congiunta di *Laeken* del 15 dicembre 2001 [94]. Come è stato efficacemente scritto le due Corti, in quanto *gatekeepers*, «non possono che rispecchiare le impostazioni ordinamentali che sono chiamate a garantire» [95]. Pertanto esse saranno ricostruite per difendere i rispettivi *ordinamenti* così come essi verranno plasmati dalla politica. Senza voler spendere, ovviamente, una parola definitiva sull'argomento si deve tuttavia registrare il fatto che l'indirizzo generale europeo è, a vari livelli, favorevole sia alla integrazione della Carta dei diritti fondamentali nella futura *Costituzione* europea, sia alla formale adesione della UE alla CEDU [96]. I rischi di una interpretazione divergente delle due Corti in

---

[90] In argomento I. PERNICE, *Les Bananes et les droits fondamentaux*, in *Cahiers de droit européen*, 2001, 427.

[91] Così A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 875.

[92] Sul tema cfr. M. CARTABIA, *Allargamento e diritti fondamentali nell'Unione europea. Dimensione politica e dimensione individuale*, in AA.VV., *Dall'Europa a Quindici alla Grande Europa. La Sfida istituzionale*, a cura di S. GUERRIERI-A. MANZELLA-F. SDOGATI, Bologna, 2001, 123 ss.

[93] Sulla necessità della revisione del sistema giudiziario comunitario cfr. J. LUTHER, *I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi*, in AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, cit., 104, ss., spec. 123.

[94] La quale al punto II (*Le sfide e le riforme in un'unione rinnovata*) lascia impregiudicata la scelta prevedendo che occorra «riflettere sull'opportunità di inserire la Carta dei diritti fondamentali nel trattato di base e porre il quesito dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Sul punto cfr. F. CHALTIEL, *L'union européenne doit-elle adhérer à la Convention Européenne des droits de l'homme*, in *Rev. du Marché commun et de l'Union européenne*, 1997, 34 ss.

[95] G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., 112.

[96] Nel composito panorama dei soggetti che premono in questa direzione possono, solamente per fare qualche esempio, menzionarsi le ONG citate dalla nota del 29 luglio 2002 dell'*Agence Europ*e: «Diverse organizzazioni non governative (ONG) militano perché sia mi-

materia di diritti, sinora coperti dall'indifferenza e dall'indecisione della politica, sembrano dunque destinati a sfumare, ad affievolirsi in una prospettiva politica volta a sancire la complementarietà tra due sistemi giudiziari che perseguono il medesimo scopo: la tutela dei diritti fondamentali.

---

gliorata la Carta dei diritti fondamentali dell'UE e per l'adesione alla Convenzione europea dei diritti umani (CEDU). Per un'Europa dei cittadini, per un'Europa dei diritti. Il contributo del *Collectif pour la Citoyenneté et les Droits fondamentaux* (CCDF), che comprende diversi sindacati (come la CGT), associazioni di immigrati (*Association des travailleurs maghrébins de France, Association des Marocains de Franc*e) o ONG (ACAT, LDH, ATTAC, MRAP) chiede "un'Europa dei cittadini e democratica" fondata su un'autentica partecipazione dei Parlamenti nazionali e del Parlamento europeo alle decisioni politiche. Il CCDF rileva anche che i diritti fondamentali "non possono essere meri obiettivi di politiche pubbliche che lasciano agli Stati membri abbastanza libertà di interpretazione e la capacità di modulare i loro impegni", istituendo così una disparità di diritti che è la negazione del loro carattere universale. Il CCDF chiede quindi che la Carta dei diritti fondamentali sia migliorata, per riconoscere concretamente il diritto al lavoro, i diritti sindacali, i diritti ai redditi minimi sociali, il diritto alla casa, i diritti legati all'ambiente, i diritti delle donne. EUROPE ricorda che nel testo della Carta questi diritti sono riconosciuti, anche se non sempre questi hanno un riscontro concreto, per motivi legati, a seconda dei casi, all'obbligo di rispettare la sussidiarietà, alla mancanza di competenze comunitarie o alla difficoltà di formulare una legislazione in grado di essere applicata effettivamente. Il CCDF chiede anche che questi diritti siano vincolanti e che possano essere oggetto di ricorsi giurisdizionali. Infine, perora l'adesione dell'UE alla Convenzione europea dei diritti umani».

A livello istituzionale è sufficiente richiamare i lavori del Gruppo II «Integrazione della Carta/adesione alla CEDU» della Convenzione (cfr. in particolare il *paper* n. 18 del 16 settembre 2002 a cura, tra gli altri, di N. MacCormick) dai quali si ricava con trasparenza che la prospettiva di integrazione tra le due Corti passa attraverso la revisione dei Trattati.

LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

FILIPPO DONATI E PIETRO MILAZZO*

SOMMARIO: 1. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni preliminari. – 2. Le radici storiche della dottrina del margine di apprezzamento: il sistema continentale di giustizia amministrativa e le leggi «di guerra». – 3. L'emersione della dottrina del margine di apprezzamento e le sue prime applicazioni nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 15 CEDU. – 3.1. La dottrina del margine di apprezzamento come strumento di «supervisione» sui motivi che originano le deroghe statali alle disposizioni convenzionali. – 3.2. Analisi della giurisprudenza: a) il caso *Grecia* c. *Regno Unito (Cyprus)* e il caso Lawless: il primo embrione della teoria del margine di apprezzamento. – b) il caso *Greek Colonels*: un apparente *revirement* giurisprudenziale, originato dalla particolarità politica del caso di specie. – c) Il caso *Irlanda* c. *Regno Unito*: la teorizzazione compiuta della *better position* delle autorità nazionali, rispetto alla Corte, nell'adozione di misure derogatorie. – d) I casi recenti: *Branningan and McBride* e *Aksoy*. Il giudizio sulla sussistenza, negli ordinamenti nazionali, di strumenti tendenti ad attenuare gli effetti delle deroghe. – 3.3. In conclusione sul margine di apprezzamento nella giurisprudenza sull'art. 15 CEDU. La natura «politica» delle deroghe previste dall'art. 15 e l'equilibrio tra autorità e diritti. – 4. Il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento, al di fuori dell'applicazione dell'art. 15 CEDU – 4.1. Analisi della giurisprudenza: a) Il caso *Handyside* ed il caso *Sunday Times* (*I*): l'incidenza del *consensus standard* delle società democratiche nella valutazione della sussistenza del margine di apprezzamento da parte della Corte. – b) La tutela della vita privata nei casi *Dudgeon* e *X e Y (e altri)*, della libertà di associazione nel caso *Communist Party of Turkey*, del diritto di proprietà. La definizione delle caratteristiche minime di una «società democratica»; il rilievo della particolare natura dell'interesse tutelato e dell'obiettivo perseguito dalla pubblica autorità. – c) Ancora sul giudizio in ordine alla natura del diritto esercitato, alle modalità del suo esercizio ed ai suoi destinatari come criteri di valutazione del margine di apprezzamento statale. L'esempio della giurisprudenza in materia di libertà di espressione del pensiero. – d) I casi *Belgian linguistic minorities, Marckx, Rasmussen, Abdulaziz*, ecc.: art. 14 CEDU e margine di apprezzamento. La evoluzione della giurisprudenza sul divieto di discriminazione: l'introduzione di un giudizio di «ragionevolezza» tra *consensus standard* e interpretazione autonoma-oggettiva della CEDU. – 5. Considerazioni d'insieme sulla nozione di margine di apprezzamento, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6. La portata della dottrina del margine di apprezzamento nel quadro della tutela internazionale dei diritti dell'uomo.

---

* Il presente contributo è stato elaborato in stretta collaborazione dagli autori. La redazione dei §§ 1, 2, 5, 6 si deve al Prof. Filippo Donati, mentre la redazione dei §§ 3 e 4 si deve al Dott. Pietro Milazzo.

1. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Alcune osservazioni preliminari

Sin dalle sentenze della fine degli anni '50, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha fatto riferimento ad un «margine di apprezzamento» lasciato agli Stati per l'adozione di misure derogatorie, o di misure costituenti una «interferenza» rispetto alle disposizioni della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) [1].

Questo riferimento, costantemente richiamato dalla Corte in moltissime delle sue pronunce, in particolare in sede di applicazione degli artt. 8-11, 14, 15 CEDU e dell'art. 1 del primo Protocollo, ha assunto una pregnanza tale da dare luogo a quella che i numerosi commentatori che l'hanno osservata hanno definito una vera e propria «dottrina» [2], anche se non mancano le voci che hanno sollevato obiezioni a questa definizione, lamentando la carenza di quel minimo di «specificità teorica» e di coerenza che dovrebbe caratterizzare una «dottrina» [3].

Non è in effetti semplice definire con chiarezza – e soprattutto con univocità – i termini secondo i quali questa dottrina ha avuto modo di svilupparsi [4]: essa, infatti, appare assumere accezioni tutt'affatto diverse e una differente incisività a seconda del ricorrere di vari elementi, quali in primo luogo la norma della CEDU che si pretende violata (o derogata) dalla misura statale, o l'interesse sulla base del quale lo Stato in questione giustifica l'interferenza con il diritto sancito dalla CEDU, la sussistenza di particolari circostanze di fatto (come l'emergenza), o addirittura la natura dell'attività oggetto della regolamentazione statale «sospettata» di essere contraddittoria con il disposto convenzionale. D'altro canto, nessu-

---

[1] Sulla distinzione fra clausole di deroga e clausole di interferenza nel quadro dell'applicazione del principio di proporzionalità e del margine di apprezzamento, si veda, recentemente, E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, 42 ss.

[2] In questi termini la ricostruisce R. Sapienza, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, 571 ss.

[3] S. Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Strasburgo, 1998, 32. L'Autore si chiede se la «dottrina» del margine di apprezzamento non sia in realtà piuttosto un meccanismo «pseudo-tecnico» per giustificare la discrezionalità che le istituzioni di Strasburgo avrebbero deciso di riconoscere agli Stati nell'ambito della Convenzione.

[4] R.St.J. MacDonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, 192, rileva come sia «sorprendentemente difficile» definire il margine di apprezzamento, nei suoi precisi confini; questa difficoltà sarebbe dovuta alla volontà da parte degli organi di Strasburgo (Commissione e Corte) di lasciare indefinita la nozione.

no degli organi di Strasburgo – né la Commissione né la Corte europea – ha mai dato una esaustiva definizione del margine di apprezzamento statale.

In linea generale, la dottrina del margine di apprezzamento statale corrisponde ad un atteggiamento che secondo una gran parte degli Autori deve essere qualificato come indubbiamente *self-restraint* da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo che, posta di fronte ad una misura statale il cui rispetto di una disposizione della CEDU è messo in discussione, può astenersi dal giudicare sulla base della constatazione che il sistema stesso della CEDU (ed in particolare di quelle parti in cui la Convenzione introduce clausole di deroga o di interferenza) consente agli Stati di fare uso di un certo «margine di apprezzamento» in ordine alla portata delle deroghe e delle clausole di interferenza previste dalle Convenzione [5]. In altre parole, il margine di apprezzamento è quel margine in cui la Corte riconosce agli Stati libertà di azione e di manovra, prima di dichiarare che la misura statale di deroga, di limitazione o di interferenza con una libertà garantita dalla CEDU configuri una concreta violazione della Convenzione stessa: si tratta quindi di un «confine» tra misure ammesse (in quanto interne al «margine di apprezzamento») e misure non ammesse (in quanto eccedenti tale margine e quindi costituenti violazioni della Convenzione) necessariamente «mobile». Mutuando una icastica espressione da uno degli Autori che si sono occupati del tema, potrebbe convenirsi che il margine di apprezzamento rappresenta la «*latitudine*» consentita agli Stati nel rispettare la Convenzione [6] (o, *rectius*, nel «non rispettarla» attivando legittimamente le clausole di deroga o di interferenza previste dalla Convenzione stessa).

In questo senso, la dottrina del margine di apprezzamento si colloca in un contesto in cui possono entrare in collisione da una parte gli obblighi assunti dagli Stati in virtù della loro adesione alla CEDU e dall'altra parte la sovranità degli Stati stessi: il principale problema è infatti quello di conciliare un'interpretazione uniforme della CEDU con un criterio di relatività che assicuri il rispetto delle diversità giuridiche, culturali e sociali dei paesi membri della CEDU stessa [7].

Sotto questo aspetto, la dottrina del margine di apprezzamento tende anche a conciliare aspetti apparentemente contraddittori come l'uniforme applicazione della Convenzione ed il rispetto delle diversità statali. Tali diversità possono essere di natura sociale e culturale (si pensi alle differenze tra paesi mediterranei e paesi del nordeuropa, o fra paesi cattolici, protestanti, di confessione ortodossa, musulmani), di natura economica (si pensi alle differenze tra i paesi oc-

---

[5] C.C. Morrisson, *Margin of appreciation in European Human Rights Law*, in *Rev. droits de l'homme*, 1973, 275.

[6] T.A. O'Donnell, *The margin of appreciation doctrine: standards in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 1982, 475.

[7] R.St.J. MacDonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1992, 103.

cidentali, strettamente legati al modello capitalista di sviluppo, e paesi dell'Europa centro-orientale, in fase di transizione da regimi ad economia pianificata), di natura politica (si pensi ai paesi di tradizione democratica ed, ancora una volta, i paesi dell'Est europeo, recentemente fuoriusciti da sistemi socialisti) ma anche – e forse soprattutto – di natura giuridica. In questo contesto, appaiono particolarmente significative le differenze tra paesi federali e paesi unitari e centralizzati, così come le differenze tra paesi di *civil law* e paesi di *common law*. Ciascuna di queste differenze può ovviamente riflettersi in diverse concezioni dei diritti previsti dalla CEDU (soprattutto per quanto concerne la natura e l'intensità delle relative limitazioni e interferenze): la dottrina del margine di apprezzamento dovrebbe consentire proprio a tali diversità di avere accesso alla giurisprudenza della Corte, influendo incisivamente sull'uniformità dell'applicazione della Convenzione stessa. In particolare, la differenza tra paesi di *civil law* e paesi di *common law* appare di particolare rilievo proprio in relazione al complessivo sistema di tutela dei diritti dell'uomo delineato dalla CEDU, ed all'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento in questo contesto. Il sistema della CEDU, infatti, sembra essere ricalcato sugli strumenti di tutela dei diritti elaborati nei paesi di tradizione continentale, con una Carta scritta che prevede diritti e relative limitazioni, più che sugli strumenti di tutela tipici dei sistemi angloamericani di *common law* [8]. Secondo alcuni Autori [9], proprio l'inserimento di una dottrina come quella del margine statale di apprezzamento in un contesto come quello convenzionale, avrebbe finito per ribadire la prevalenza della tradizione continentale nel sistema di tutela dei diritti predisposto dalla CEDU. Essa avrebbe infatti inserito nel meccanismo di *judicial review* della Corte sul rispetto della CEDU un importante elemento di valutazione della discrezionalità statale, che è relativamente estraneo alla tradizione angloamericana.

D'altro canto, discende da questa tensione tra sovranità statale e applicazione uniforme della Convenzione anche la penetrante critica che spesso viene rivolta alla dottrina del margine di apprezzamento, secondo la quale essa potrebbe dare luogo ad un sistema di protezione dei diritti potenzialmente disomogeneo o «a geometria variabile» [10], nel quale agli Stati verrebbe riconosciuto un generoso

---

[8] Il rilievo della natura prevalentemente non scritta del diritto di *common law* è individuato da E. KASTANAS, *Unité e diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996, 38, come una delle cause che rendono più difficilmente compatibile l'applicazione della Convenzione in un ordinamento come quello britannico, che pure ha una lunghissima tradizione nell'elaborazione di strumenti efficaci per la tutela dei diritti individuali.

[9] H.C. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human Rights jurisprudence*, L'Aia, 1996, 5.

[10] R. LESTER, *The European Convention on Human Rights in The New Architecture of Europe: General Report*, in *Proceedings of the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, 1995, 236 ss.

margine di apprezzamento, tale da configurarsi sostanzialmente come un privilegio loro accordato a discapito di una applicazione uniforme del dettato convenzionale [11].

Sotto un diverso profilo, le dottrina del margine di apprezzamento può essere presa in esame anche per quanto riguarda i suoi effetti, e per le conseguenze cui la sua applicazione può dare luogo. È stato infatti osservato come l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento è in grado di influire su quel confine flessibile tra sviluppo del sistema internazionale di tutela dei diritti dell'uomo e rispetto della sovranità nazionale, che è una caratteristica essenziale dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo [12].

Ed ancora, proprio questa natura intimamente dialettica tra esigenze unitarie e rispetto delle diversità nazionali, assunta dalla dottrina del margine di apprezzamento adottata dalla Corte, conferma la difficoltà nel concepire una nozione unitaria del margine di apprezzamento, che invece tende a conformarsi diversamente di caso in caso, in una giurisprudenza solo apparentemente omogenea. È quindi necessario esaminare direttamente la giurisprudenza della Corte, nei casi in cui essa ha inteso fare uso della dottrina qui in esame, al fine di verificare se in questa giurisprudenza sia possibile individuare momenti di continuità e linee di tendenza unitarie. Data la mole ormai gigantesca della giurisprudenza della Corte nella quale si fa un utilizzo della dottrina del margine di apprezzamento, e dato anche il fatto che in molti casi il riferimento a tale dottrina assume caratteri ripetitivi e per così dire formulaici, la ricognizione si limiterà all'individuazione dei *leading cases*, nei quali la Corte ha inaugurato o raffinato la dottrina, integrati eventualmente dalle ulteriori pronunzie più rilevanti e recenti.

Tale esame giurisprudenziale, che si condurrà sulla base delle diverse disposizioni convenzionali utilizzate dalla Corte come parametro di giudizio, non può però prescindere da talune considerazioni preliminari, collegate sia alle origini storico-giuridiche della dottrina del margine di apprezzamento, sia alle sue radici maggiormente connesse con la natura della CEDU come atto del diritto internazionale che tende a creare un sistema di tutela dei diritti umani tendenzialmente unitario tra Stati caratterizzati da tradizioni giuridiche talvolta profondamente diverse.

---

[11] P. MAHONEY, *Marvellous Richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. Rights Law Jour*, 1998, 2.

[12] R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation*, in AA.VV., *The european system for the protection of human rights*, a cura di R.ST. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD, L'Aia, 1990, 83.

2. Le radici storiche della dottrina del margine di apprezzamento: il sistema continentale di giustizia amministrativa e le leggi «di guerra»

È stato rilevato che, se si volesse individuare una radice storico-giuridica del concetto di «margine statale di apprezzamento» nel sistema della CEDU, si dovrebbe ricercarla nell'emersione e nella progressiva definizione del concetto di discrezionalità dell'amministrazione e del controllo su tale discrezionalità [13]. In particolare, la dottrina del margine di apprezzamento appare largamente ispirata ai criteri di *judicial review* sulla legalità dell'amministrazione elaborati dal *Conseil d'État* francese e da altri equivalenti organi di altri paesi [14].

D'altro canto, la dottrina del margine di apprezzamento, nel contesto della Convenzione, ha trovato un suo sviluppo completamente autonomo, dovuto alla stessa natura della Convenzione – che è atto del diritto internazionale, sussidiario rispetto al diritto interno dei singoli Stati membri – e della Corte, chiamata ad applicarla – che ricopre un ruolo ben diverso rispetto alle Corti interne che esercitano il controllo sulla legalità dell'amministrazione [15].

L'origine «amministrativa» della dottrina del margine di apprezzamento può ravvisarsi principalmente in quelle pronunce della Corte europea che hanno avuto ad oggetto l'applicazione degli artt. 5, 6, 8-11 (cioè gli articoli che garantiscono le principali libertà civili), nelle quali la Corte usa il margine di apprezzamento per valutare la conformità delle interferenze, delle limitazioni o delle restrizioni alle libertà adottate dallo Stato rispetto alle libertà previste dalla Convenzione.

L'altra radice della dottrina del margine di apprezzamento statale la si ravvisa nell'utilizzazione che la Corte ne ha fatto in sede di applicazione dell'art. 15 CEDU (che consente di derogare agli obblighi della CEDU in caso di guerra o altro pericolo pubblico): in questo caso non si tratta infatti di verificare la legittimità di

---

[13] H.C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 14-15. L'Autore osserva come i lavori preparatori della CEDU non avessero fatto alcun genere di riferimento ad un margine di apprezzamento statale da riconoscersi agli Stati nell'applicazione della Convenzione. Tale concetto è dunque emerso spontaneamente dalla giurisprudenza della Corte europea come progressivo risultato del riconoscimento di un ambito di discrezionalità agli Stati nell'applicazione della Convenzione.

[14] Sull'emersione del concetto di discrezionalità dell'amministrazione e sulla sua affermazione nella giurisprudenza del giudice amministrativo di vari paesi d'Europa, si veda sinteticamente L. Mannori-B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 364 ss.

[15] La tesi della riconducibilità della dottrina del margine di apprezzamento ad un alveo sostanzialmente simile a quello in cui viene normalmente collocata la discrezionalità della pubblica amministrazione negli ordinamenti interni è ripresa da A. Bleckmann, *Der Beurteilungsspielraum im Europa- und Völkerrecht*, in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1979, 485, citato da R. Sapienza, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., 607 ss.

una limitazione o di una interferenza, ma la legittimità di una vera e propria deroga al sistema di tutela convenzionale, motivata dalla ricorrenza di una situazione di fatto estremamente grave. La possibilità per gli Stati di godere di un margine di apprezzamento che consenta loro di valutare in quale caso ricorrano gli estremi della «guerra» o del «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» trova la sua origine nel diritto bellico, la «*martial law*» che attribuisce agli Stati una discrezionalità nel riconoscere l'esistenza di una situazione di guerra «esterna» o di grave emergenza «interna».

La doppia radice «amministrativa» e «marziale» della dottrina del margine di apprezzamento, che comincia ad affermarsi nella giurisprudenza sull'art. 15 CEDU, non sembra peraltro aver dato luogo a declinazioni particolarmente differenti della dottrina stessa, a seconda che sia stata applicata in un contesto «eccezionale» o meno. In realtà, le origini della dottrina del margine di apprezzamento costituiscono solo il quadro da cui essa ha tratto le mosse, per poi seguire un'evoluzione completamente autonoma.

3. L'emersione della dottrina del margine di apprezzamento e le sue prime applicazioni nell'ambito dell'interpretazione dell'art. 15 CEDU

3.1. *La dottrina del margine di apprezzamento come strumento di «supervisione» sui motivi che originano le deroghe statali alle disposizioni convenzionali*

Le prime affermazioni della dottrina del margine di apprezzamento devono essere ricondotte alla giurisprudenza – invero non particolarmente copiosa – della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 15 CEDU [16].

Come è noto, tale articolo prevede la possibilità per lo Stato di derogare alle previsioni convenzionali qualora si verifichi una situazione di «*guerra*» o di «*altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione*». Tale ampia possibilità derogatoria è peraltro compensata e temperata da una serie di cautele. In primo luogo le misure statali non possono in nessun caso adottarsi nel caso in cui esse deroghino alla disposizione di cui agli artt. 2 (diritto alla vita), 3 (divieto di tortura), 4 § 1 (divieto di riduzione in schiavitù) e 7 CEDU (principio del *nulla poena sine lege*). Tali misure, inoltre, devono essere adottate «*nella stretta misura in cui la si-*

[16] La stessa dottrina italiana recente, nel commentare l'art. 15 CEDU e le sue applicazioni, mette in luce principalmente proprio l'aspetto del margine di apprezzamento statale quale strumento essenziale per interpretare il disposto convenzionale e le sue applicazioni: G. Cataldi, *Articolo 15*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, Padova, 2001, 431 ss.

tuazione lo richieda», e solo se non siano «*in conflitto con gli altri obblighi del diritto internazionale*». Lo Stato che le adotta è poi sottoposto ad una serie di obblighi informativi nei confronti del Segretario Generale del Consiglio d'Europa in ordine ai motivi sottesi all'adozione, alla tipologia ed al contenuto delle misure, alla loro durata e alla loro cessazione [17].

Non stupisce che la «nuova» teoria del margine di apprezzamento abbia trovato il suo primo banco di prova proprio in questo contesto: da un lato, infatti, le misure adottate in deroga – sulla base dell'art. 15 CEDU – sono quelle che in maniera più evidente e diretta vanno ad incidere sul contesto di tutela dei diritti umani predisposto dalla Convenzione, dall'altro lato il giudizio sulla loro ammissibilità nel quadro della Convenzione è quello che risulta più intriso di «politicità», andando a coinvolgere valutazioni statali di natura fortemente politica come quella sul riconoscimento dello stato di emergenza. Come è stato convincentemente osservato, il ruolo della Corte, in questo contesto, è assai delicato: da una parte, essa non può «disarmare» gli Stati nella lotta contro ciò che gli Stati stessi percepiscono e qualificano come un grave pericolo pubblico, dall'altra non può «minimizzare» la tutela dei diritti individuali, cui è preposta, con il rischio di renderla sostanzialmente vuota e priva di una effettiva pregnanza [18]: e ciò, si badi, proprio nei momenti in cui si avverte maggiormente la relativa necessità di tutela, in quanto gli Stati pongono in essere misure «eccezionali» o «straordinarie», o comunque derogatorie dell'ordinamento vigente.

Una analisi della giurisprudenza – limitata ai casi maggiormente rilevanti – contribuirà certamente a definire con maggiore chiarezza quale sia stata la lettura operata dalla Corte del margine di apprezzamento statale in questo contesto.

3.2. *Analisi della giurisprudenza:*

a) *Il caso* Grecia *c.* Regno Unito (Cyprus) *e il caso* Lawless*: il primo embrione della teoria del margine di apprezzamento*

Nel caso *Grecia* c. *Regno Unito* del 1956 [19], originato dalla situazione dell'isola di Cipro, per la prima volta (vi è chi ha palato di un «modesto debut-

---

[17] Il comma 3 dell'art. 15 CEDU recita: «*Ogni Alta Parte Contraente che eserciti tale diritto di deroga tiene informato nel modo più completo il Segretario Generale del Consiglio d'Europa sulle misure prese e sui motivi che le hanno determinate. Deve ugualmente informare il Segretario Generale del Consiglio d'Europa della data in cui queste misure cessano d'essere in vigore e in cui le disposizioni della Convenzione riacquistano piena applicazione*».

[18] E. KASTANAS, *Unité e diversité*, cit., 113.

[19] Caso *Cyprus*, in *Yearbook of European Convention*, 1958-1959, 174.

to»[20]) la Commissione di Strasburgo (e non la Corte) riconosceva in capo agli Stati l'esistenza di «*un certo margine di apprezzamento*» («*certain measure of discretion*») in ordine a due diversi aspetti: (i) da una parte sulla ricorrenza di quegli estremi di urgenza che l'art. 15 CEDU ritiene indispensabili per attivare la deroga ivi prevista (cioè la guerra o l'altra situazione di pericolo idonea a mettere in pericolo la vita della nazione), e (ii) dall'altra parte sul giudizio in ordine alla circostanza che le misure adottate siano solo e soltanto quelle strettamente richieste dalla situazione di emergenza.

La Corte, invece, fece uso del concetto di margine di apprezzamento per la prima volta solo nella notissima sentenza *Lawless* del 1961[21], nella quale si decise del ricorso di un cittadino irlandese – vicino all'IRA – che era stato sottoposto a detenzioni senza processo da parte della governo irlandese[22]. Queste deroghe all'art. 5 della Convenzione erano state giustificate ai sensi dell'art. 15 CEDU come deroghe collegate alla situazione di emergenza (nella *species* «pericolo pubblico che minaccia la vita della nazione»). In quel caso la Corte riconobbe che in capo allo Stato che adotta le misure derogatorie sussiste un margine di apprezzamento in ordine sia alla ricorrenza dello stato di emergenza (che veniva ravvisato nella esistenza stessa di gruppi di terrorismo armato come l'IRA), sia nella scelta delle misure «strettamente richieste dalla situazione». La Corte, in altri termini, non scese ad esaminare se lo stato di emergenza addotto dal governo irlandese esistesse davvero, ma si limitò a verificare se la Repubblica irlandese avesse ragionevolmente desunto da tale stato una situazione di emergenza che minacciasse la vita della nazione.

La principale novità di questa decisione, rispetto all'orientamento già espresso dalla Commissione nel caso di Cipro, sta soprattutto nel fatto che la Corte non intese accogliere l'orientamento espresso nel corso del giudizio dal governo irlandese, secondo il quale la Corte stessa avrebbe solamente potuto giudicare sulla ricorrenza di una condizione di «buona fede» dello Stato, ai sensi dell'art. 18 CEDU, e non invece sulla ricorrenza degli elementi previsti dallo stesso art. 15. La Corte, invece, operò un giudizio sulla «ragionevolezza» delle misure adottate e sulla «proporzionalità» rispetto alla situazione di emergenza lamentata: in entrambi i casi, peraltro, ritenne che le misure adottate dal governo irlandese fossero ammissibili in quanto rientranti nel citato margine di apprezzamento.

È stato osservato che l'emersione della dottrina del margine di apprezzamen-

---

[20] M. O'Boyle, *The margin of appreciation and derogation under Article 15: ritual incantation or Principle?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 24.

[21] Caso *Lawless*, sent. 7 aprile 1961, in *Racc.*, serie A, 2-3.

[22] Il signor Lawless era un cittadino irlandese che era stato sottoposto a detenzione per cinque mesi senza alcun genere di controllo giurisdizionale, sulla base di misure di «detenzione straordinaria» vigenti in Irlanda per affrontare l'emergenza terroristica dell'IRA in forza dell'*Offences Against the State Act*.

to nella giurisprudenza della Corte europea, nel caso *Lawless*, non ha comportato una consapevole elaborazione di un concetto nuovo utilizzabile come strumento di giudizio da parte della Corte stessa, ma – più limitatamente – si è risolta in una «esemplare» applicazione dell'art. 15 CEDU. La Corte intese quindi dare solo la soluzione del caso concreto posto al suo giudizio utilizzando il principio di proporzionalità e di apprezzamento, ma non volle affermare in linea generale che tali concetti fossero per così dire «immanenti» al sistema convenzionale, e che quindi dovessero sempre essere tenuti presenti dagli Stati e dagli organi di Strasburgo nell'applicazione della Convenzione stessa [23].

Come si vede, sin dalle sue primissime applicazioni, la dottrina del margine di apprezzamento si configura come lo strumento con cui la Corte traccia il confine tra la propria competenza e quella riservata agli Stati. E, fin dall'inizio, la Corte riconosce la propria competenza ad individuare questo confine, anche in un contesto intriso di politicità, come quello aperto dall'art. 15 CEDU.

b) *Il caso* Greek Colonels*: un apparente* revirement *giurisprudenziale, originato dalla particolarità politica del caso di specie*

Solo un cenno – utile però ad evidenziare con maggior chiarezza i rischi di «politicizzazione» del giudizio sul margine di apprezzamento – merita l'ormai risalente vicenda originata dal colpo di Stato del colonnelli in Grecia, che giunse di fronte alla Commissione nel 1969 per via di alcuni ricorsi presentati dai paesi scandinavi contro alcune misure adottate in Grecia dal nuovo regime militare, che tendevano ad aggirare – sulla base di un richiamo alla deroga di cui all'art. 15 CEDU – parecchie disposizioni della Convenzione, quali soprattutto quelle che consacrano la libertà di espressione del pensiero, la libertà di riunione, il diritto ad un processo equo [24].

---

[23] H.C. YOUROW, *The margin of appreciation*, cit., 17. L'Autore ricorda le parole del Presidente della Commissione Waldock nel corso della trattazione del caso *Lawless* davanti alla Corte europea: il Presidente osservò che gli Stati erano chiamati ad operare un bilanciamento tra valori potenzialmente divergenti, come la tutela dei diritti degli individui e la preservazione dell'ordine democratico minacciato da aggressioni esterne o interne. Questo bilanciamento – difficile particolarmente in una società democratica – è il fondamento dell'apprezzamento statale, ritenuto ammissibile dalla Corte.

[24] Il caso noto come *Greek Colonels* venne originato dai ricorsi *Danimarca* c. *Grecia*, *Norvegia* c. *Grecia*, *Svezia* c. *Grecia* e *Olanda* c. *Grecia*, che si possono leggere in *Yearbook of the European Convention*, 1969. I quattro ricorsi prendevano spunto dal colpo di stato intervenuto in Grecia dell'aprile del 1967, e dalle successive misure adottate dalla giunta militare al potere in quel paese, che sarebbero state contrarie ad alcune obbligazioni derivanti dall'adesione alla CEDU. Tra tali misure si segnalavano in particolare la sospensione di alcuni articoli della Costituzione greca e talune misure di carattere legislativo ed amministrativo asseritamente lesive dei diritti individuali consacrati dalla Convenzione. Nel corso del procedimento attivato davanti alla Commissione, gli Stati ricorrenti segnalarono la notizia di numerosi casi di tortura, della introduzione di una legislazione penale a carattere retroattivo, di estesi prov-

Pur di fronte all'invocazione e alla rivendicazione, da parte del governo greco, del proprio margine di apprezzamento in ordine alla determinazione sia della sussistenza di uno stato di emergenza sia alla congruità con tale situazione delle misure adottate, la Commissione restò indifferente al richiamo alla giurisprudenza inaugurata con il caso *Lawless*, e censurò ampiamente le misure adottate dal governo greco; pur senza essere mai giunta ad una sentenza definitiva da parte degli organi di Strasburgo, la vicenda si concluse addirittura con la denunzia dello Statuto del Consiglio d'Europa da parte della Grecia [25].

L'atteggiamento della Commissione nei confronti della Grecia appare assai significativo, e tende a confermare come il giudizio sulla corretta applicazione della deroga di cui all'art. 15 CEDU implichi un fattore politico difficilmente ponderabile a priori. Coloro che hanno commentato la decisione della Commissione, infatti, sono concordi nel valutare come essa sia derivata dalla «volontà politica di mettere in difficoltà un governo sicuramente non democratico», come indubbiamente era il governo militare greco, e che tale decisione deve quindi considerarsi una «parentesi» nella giurisprudenza della Corte sul margine di apprezzamento.

Se questa considerazione è probabilmente vera in entrambe le sue parti, essa non fa comunque venir meno la circostanza che la Commissione abbandonò, nell'occasione, una propria giurisprudenza recentemente elaborata e consolidata, sulla scorta di una considerazione di carattere politico generale. Le misure adottate dal governo greco, infatti, erano certamente gravi ed estremamente incisive sul sistema di tutela delle libertà personali, ed erano assai più estese e severe di quelle che avevano originato il caso *Lawless*, ma la Commissione non intese sottoporle al medesimo test di ragionevolezza connesso all'applicazione del margine di apprezzamento statale. Anzi, deve paradossalmente osservarsi come nel caso *Greek Colonels* gli organi di Strasburgo abbiano inteso applicare in termini più «oggettivi» il proprio scrutinio, ponendo alla base del proprio orientamento un'interpretazione asseritamente più stringente e vincolante della Convenzione [26]; da un lato si negava di dover procedere in termini diversi a secondo della natura del governo convenuto (se esso fosse stato democraticamente eletto o invece rivoluzionario), negando peraltro che l'avvento di un governo «rivoluzionario» implicasse di per sé un turbamento politico e sociale tale da mettere in peri-

---

vedimenti di confisca della proprietà privata (misure contrarie, rispettivamente agli artt. 3, 7 CEDU e 1 del Primo Protocollo).

[25] Come ricordato nella Introduzione alla *Special Edition* del citato *Yearbook* del 1969, dopo la celebrazione di numerose udienze e l'audizione di molti testimoni – quando appariva essere maturato un orientamento negativo in ordine alla legittimità della deroga ex art. 15 CEDU addotta dal governo greco – durante la 45° sessione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, la Grecia denunciava lo Statuto del Consiglio d'Europa: dunque essa non poteva essere più considerata «Parte Contraente» della Convenzione e nei suoi confronti non poteva continuare il procedimento attivato con i citati ricorsi del 1967.

[26] M. O'Boyle, *The margin of appreciation*, cit., 25.

colo la vita della nazione, ma dall'altro si negava a tale governo il beneficio della sottoposizione al test della ragionevolezza e della proporzionalità – che abbiamo visto essere invece stato garantito al governo irlandese nel caso *Lawless* – adducendo una più stretta interpretazione della Convenzione. Sotto un profilo più strettamente giuridico, questa lettura sembra avvalorare la tesi di chi interpreta il margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte europea come uno strumento «opportunistico» con il quale possono essere colpite secondo modulazioni differenti misure complessivamente simili, a seconda dello Stato (*rectius*, del tipo di governo in carica nello Stato) che le adotta [27]; sotto un profilo diverso, teso maggiormente a valorizzare l'effetto promozionale della tutela dei diritti svolto dalla CEDU, le scelte operate durante il procedimento contro la Grecia, avrebbero «salvato» la credibilità degli organi di Strasburgo e della stessa Convenzione, ancorché ad un «prezzo» (il radicale conflitto con il governo ellenico) assai alto [28].

Queste circostanze appaiono certamente interessanti e rilevanti, in quanto non possono che confermare il profilo politico che presidia il giudizio della Corte (e della Commissione) in ordine al margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati nell'applicazione dell'art. 15 CEDU. Di fronte ad un caso «estremo» – perlomeno nell'Europa occidentale –, cioè la presa del potere da parte di una giunta militare, ed alla conseguente ampia repressione dei diritti individuali, gli organi di Strasburgo hanno utilizzato un meccanismo di giudizio diverso e più restrittivo nei confronti del margine di apprezzamento statale, di quanto non apparisse essere quello elaborato dalla loro prima giurisprudenza.

c) *Il caso* Irlanda *c.* Regno Unito*: la teorizzazione compiuta della* better position *delle autorità nazionali, rispetto alla Corte, nell'adozione di misure derogatorie*

La conferma che quello del caso *Greek Colonels* fosse un *revirement* giurisprudenziale dovuto ad una particolarissima situazione politica internazionale, si ottiene esaminando la giurisprudenza immediatamente successiva della Corte europea in materia di apprezzamento degli Stati in caso di deroga *ex* art. 15 CEDU, nella quale si riscontra un ritorno – ancorché più argomentato e per così dire consapevole – all'impostazione introdotta con il caso *Lawless*, con il riconoscimento quantomeno di un ambito valutativo «intangibile» in capo agli Stati membri della Convenzione, in ordine alla ponderazione della propria situazione interna.

La prima compiuta teorizzazione della dottrina del margine di apprezzamento nel quadro dell'applicazione dell'art. 15 CEDU si deve infatti alla sentenza sul

---

[27] J. SCHOKKENBROEK, *The basis, nature and application of the margin-of-appreciation doctrine in the Case law of the European Court of Human Rights*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 30.

[28] E. KASTANAS, *Unitè et diversité*, cit., 127.

caso *Regno Unito* c. *Irlanda* del 1976 [29], nella quale, ancora una volta, la Corte si trovava a valutare la compatibilità di una deroga adottata *ex* art. 15 con i limiti e le garanzie previste da quello stesso articolo. In questo caso, peraltro, le parti in causa non mettevano in discussione l'esistenza di una situazione di emergenza (che, anche stavolta, era da individuarsi nell'attività dell'IRA sul territorio nordirlandese) [30], ma l'Irlanda contestava che alcune misure adottate dal governo britannico fossero effettivamente «strettamente richieste dalla situazione». Con un passaggio estremamente interessante della sentenza, la Corte raffina la propria giurisprudenza *Lawless* – nella quale si era limitata a rivendicare il proprio controllo sulla ragionevolezza delle misure di deroga – individuando per la prima volta una vera e propria *ratio* della dottrina del margine di apprezzamento.

In primo luogo la Corte riconosce che – in prima battuta – spetta allo Stato di riconoscere se sussiste una situazione di emergenza e quali siano gli strumenti necessari a fronteggiare tale situazione. Ciò in quanto lo Stato da un lato è responsabile per la «vita della nazione», e dall'altro è in «*continuo e diretto contatto con i bisogni più pressanti del momento*»; lo Stato quindi, in virtù di queste sue caratteristiche per così dire ontologiche, si trova in una «*miglior posizione*» («*better position*») rispetto alla giudice internazionale per decidere se esista una emergenza e quali siano gli strumenti necessari per affrontarla. In quest'ambito – sempre secondo la Corte – lo Stato ha un «ampio margine di apprezzamento».

Ma questa ricostruzione, che a prima vista parrebbe rimettere in termini assai estesi e pressoché indefiniti il giudizio sulla deroga *ex* art. 15 CEDU allo stesso Stato che la invoca, non esclude invece del tutto il ruolo della Corte. Come lo Stato è responsabile per la vita della nazione, così la Corte (e la Commissione) è responsabile dell'applicazione e dell'osservanza degli impegni degli Stati nel quadro della Convenzione, e quindi le incombe il compito di valutare se gli Stati sono «andati oltre» le misure strettamente necessarie nella situazione d'emergenza. Accanto la margine di apprezzamento statale, quindi, si accompagna e si affianca l'esercizio da parte della Corte di una funzione di «supervisione» della adeguatezza delle misure adottate.

La breve sintesi della complessa motivazione evidenzia il passo avanti – soprattutto teorico – effettuato dalla sentenza *Regno Unito* c. *Irlanda* rispetto all'ancora embrionale sentenza *Lawless*. La Corte individua quale sia il principio che giustifica il riconoscimento di un margine di apprezzamento (anzi, di un «ampio» margine di apprezzamento) in capo agli Stati: si tratta della *better posi-*

---

[29] Caso *Irlanda* c. *Regno Unito*, sent. del 18 gennaio 1978, in *Racc.*, serie A, n. 25.

[30] In particolare, venivano sottoposte al giudizio della Corte alcune misure eccezionali adottate dal Regno Unito sul presupposto che la legislazione penale si era rivelata inadeguata a fronteggiare l'emergenza terroristica dell'IRA. Tali misure consentivano all'autorità amministrativa di privare della libertà personale soggetti che, pur non essendo direttamente sospettati di fatti criminosi, avrebbero potuto detenere informazioni riguardanti terzi soggetti, collegati con le attività terroristiche nordirlandesi.

tion, la migliore posizione dello Stato nell'interpretare la situazione attuale all'interno del proprio territorio, che gli consente di avere un preciso quadro delle necessità maggiormente sentite e pressanti [31]. Il ruolo della Corte, in questo contesto, è dunque solo apparentemente limitato, concretandosi in realtà nella «supervisione» sulle misure adottate; tale supervisione, peraltro, non può concretarsi in una mera critica – formulata *ex post*, in sede di giudizio, quando le misure giudicate sono state applicate ed hanno prodotto i loro effetti – della eventuale inadeguatezza delle misure adottate ad affrontare la situazione di emergenza (con il che si verificherebbe una sorta di «sostituzione» a posteriori della Corte allo Stato nella scelta delle misure adottabili), ma deve avere ad oggetto semplicemente il *judicial review* delle misure a suo tempo adottate, avendo riguardo al momento in cui esse furono adottate.

Sulla base di queste premesse, la Corte ha sviluppato, non teoricamente ma per così dire «per fatti concludenti», il concetto di supervisione sulle misure derogatorie. Sia nel caso *Regno Unito* c. *Irlanda* che nel successivo caso *Branningan*, la Corte non ha inteso operare tale supervisione nel senso di censurare quelle misure che non fossero da considerarsi perfettamente aderenti al dettato convenzionale, ma si è limitata a prendere atto di una serie di misure che temperavano la deroga alla tutela dei diritti individuali nel caso di specie: in questi termini, la Corte ha ritenuto sufficienti ad escludere la violazione della CEDU alcune misure statali che avevano come obiettivo quello di attenuare la rigidità delle misure derogatorie e di dimostrare la volontà dello Stato di mantenere la propria attività in linea di principio nei binari convenzionali, ma che in nessun modo potevano essere considerate come misure in grado di annullare l'effetto decisamente derogatorio delle misure oggetto del giudizio [32]. Talvolta, il riferimento alle misure di attenuazione delle deroghe alla disciplina convenzionale non ha ad oggetto vere e proprie misure legislative e/o amministrative, ma invece aspetti complessivi e generali del sistema e dell'ordinamento giuridico del paese che ha adottato le misure derogatorie [33]; l'ef-

---

[31] In alcuni tratti la motivazione della sentenza che si commenta, laddove enuclea il concetto di *better position* sembra riprendere certi aspetti delle *dissenting opinion* espresse nel caso *Greek Colonels* da due membri della Commissione, e cioè il riconoscimento di una sorta di «beneficio del dubbio» agli Stati nel riconoscere quando la vita del paese sia minacciata da un pericolo pubblica (E. KASTANAS, *Unité e diversité*, cit., 117); se questo beneficio non venisse lasciato agli Stati, gli organi di Strasburgo dovrebbero sostanzialmente sostituirsi ad essi in un giudizio del quale essi – però – non conoscono correttamente i termini, coprendo una «posizione» peggiore di quella del governo dello Stato interessato alle misure oggetto della valutazione.

[32] Nel caso *Regno Unito* c. *Irlanda*, cit., ad esempio, la Corte si è «accontentata» di misure di «temperamento» di carattere amministrativo e non giurisdizionale, come la creazione di taluni organismi non giurisdizionali incaricati effettuare una revisione sulle misure di privazione della libertà personale adottate sulla base della legislazione eccezionale oggetto del giudizio della Corte.

[33] Ancora nel caso *Regno Unito* c. *Irlanda*, cit., la Corte, nel valutare gli aspetti che con-

fetto appare ovviamente quello di impostare un bilanciamento con grandezze solo difficilmente comparabili: su un piatto stanno misure che vanno a ledere in maniera diretta posizioni soggettive di vantaggio normalmente protette dall'ordinamento, sull'altro l'«architettura» complessiva di un ordinamento giuridico che, pur fondamentale per valutare l'effetto di una misura concreta, difficilmente è in grado di dar luogo con continuità ad una attenuazione effettiva della portata derogatoria di quelle misure.

d) *I casi recenti:* Branningan and McBride *e* Aksoy. *Il giudizio sulla sussistenza, negli ordinamenti nazionali, di strumenti tendenti ad attenuare gli effetti delle deroghe*

La giurisprudenza inaugurata con il caso *Irlanda* c. *Regno Unito* è stata poi nelle sue linee generali seguita con i successivi casi *Branningan and McBride* del 1993 [34] e *Aksoy* del 1996 [35]. Il caso *Branningan* aveva ad oggetto alcuni arresti compiuti dalla polizia britannica senza mandato, seguiti dal trattenimento della persona arrestata per lunghi periodi di tempo senza che essa potesse accedere in alcun modo all'esterno, e senza che potesse contattare un legale; durante tali periodi le persone arrestate erano sottoposte a moltissimi interrogatori da parte della polizia [36]. Le norme della legge inglese antiterrorismo, sulla base della quale gli arresti erano stati compiuti, erano state oggetto di una notificazione di deroga *ex* art. 15 CEDU al Consiglio d'Europa da parte del Regno Unito fin dal 1988 [37].

---

sentivano di attenuare la portata derogatoria delle misure oggetto della sua valutazione, si è riferita, fra l'altro, all'applicazione nella *common law* della regola dell'*habeas corpus* (che peraltro non avrebbe potuto applicarsi costantemente al caso di specie in quanto preclusa nel caso di semplice prolungamento di un provvedimento di arresto, come osserva E. KASTANAS, *Unité e diversité*, cit., 120) nonché al fatto che sussisteva un meccanismo di controllo permanente del Parlamento.

[34] Caso *Branningan and McBride*, sent. 26 maggio 1993, serie A, vol. 258-B.

[35] Caso *Aksoy* c. *Turchia*, sent. 18 dicembre 1996, in *Racc.*, serie A, vol. VI.

[36] Più in particolare, Peter Branningan, residente nell'Ulster, era stato arrestato nel 1989 sulla base del *Prevention of Terrorism Act* del 1984, ed era stato trattenuto presso un centro per gli interrogatori complessivamente per sei giorni (sulla base di due proroghe concesse dal Ministero dell'Interno), senza che il suo caso fosse stato conosciuto da un organo giurisdizionale e senza che, nei primi due giorni, gli fosse consentito incontrare il suo legale di fiducia. Nel corso di tale periodo di sei giorni, Branningan era stato sottoposto a ben 43 interrogatori da parte della polizia, e gli era stato negato qualsiasi contatto con il modo esterno attraverso giornali, radio, televisione, conversazione con altri detenuti. Del tutto analogo era stato il trattamento riservato a Patrick McBride, l'altro ricorrente.

[37] È interessante osservare che la decisione britannica di avvalersi della deroga *ex* art. 15 CEDU per la propria legislazione antiterroristica del 1984 sia stata presa dal governo inglese proprio a seguito di una condanna subita da parte della Corte europea (caso *Brogan*, sul quale, *infra*). La constatazione che le misure antiterroristiche, di per sé, erano considerate contra-

Davanti alla Corte, il profilo dell'esistenza di una situazione di emergenza non era contestato dai ricorrenti, ed in ogni caso era concisamente rilevato dalla Corte nella nota situazione di diffusione di fenomeni terroristici nell'Irlanda del Nord [38]; appare assai interessante osservare la concisione (per non dire l'ellitticità) del riferimento alla valutazione della sussistenza dell'elemento oggettivo della situazione di emergenza nel caso *Brannigan* (nonché il silenzio in ordine al problema della distanza cronologica tra legislazione emergenziale e vicenda storica originatrice del giudizio [39]), rispetto al minuzioso *screening* a suo tempo effettuato dalla Commissione nel caso *Greek Colonels*, avente ad oggetto la situazione interna greca, e che portò alla elaborazione di una posizione contraria rispetto alla necessità di introdurre misure derogatorie della CEDU: è un'ulteriore conferma – a distanza peraltro di molti anni – della differenza del «retroterra» del giudizio sul caso *Greek Colonels* rispetto agli altri giudizio sull'art. 15, e – indirettamente – di come la teoria del margine di apprezzamento, perlomeno nella sua fase embrionale, fosse ancora utilizzabile in termini assai diversi fra loro, e potesse portare a risultati molto difformi.

Quanto al più delicato profilo dell'adeguatezza (la «stretta necessità») delle misure adottate dal Regno unito rispetto alla situazione (che è poi da qualificarsi come giudizio sostanzialmente di proporzionalità [40]), nei casi che qui interessano la Corte ritiene che esse non abbiano superato il margine di apprezzamen-

---

rie all'art. 5 CEDU da parte della Corte, e la permanenza delle circostanze di necessità che ne avevano indotto l'adozione, spinsero il gabinetto britannico a «coprire» quella legislazione con l'art. 15 CEDU. La vicenda è ripercorsa proprio nella parte motiva della sentenza emessa nel caso *Branningan*, nel quale la vicenda originatrice era del tutto analoga a quella del caso *Brogan*, ma il giudizio della Corte si spostava dalla conformità con le norme «sostanziali» della CEDU alla legittimità della deroga: come si vedrà *infra*, anche il problema del margine di apprezzamento si atteggia diversamente nei due casi.

[38] La sentenza sul caso *Branningan*, cit., richiama essenzialmente la propria giurisprudenza *Lawless* e *Irlanda* c. *Regno Unito* per individuare nelle vicende nordirlandesi una situazione di emergenza conforme ai presupposti della deroga ex art. 15 CEDU. Occorre osservare che taluni soggetti intervenuti nel giudizio (Amnesty International e Liberty) avevano rilevato come il conflitto nordirlandese non giustificasse, di per sé, la citata deroga, e che la Corte europea dovesse di volta in volta valutare se tale deroga fosse giustificata nel caso di specie.

[39] Anche questa circostanza era stata rilevata da Amnesty International e Liberty nel giudizio sul caso *Branningan*, cit., § 45; gli intervenuti nel giudizio davanti alla Corte, infatti, osservavano che più si fosse prolungato nel tempo la vigenza delle misure eccezionali rispetto alla loro adozione, maggiormente stretto avrebbe dovuto essere il giudizio sul margine di apprezzamento garantito allo Stato. La Corte non si pronuncia su questa eccezione, se non affermando che non era necessario mettere in comparazione il momento dell'adozione della legislazione eccezionale rispetto al momento dell'adozione delle misure originatrici del giudizio, in quanto anche il potere di ritirare una misura derogatoria (così come il potere di introdurla) resta nella disponibilità discrezionale dello Stato.

[40] E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 50.

to ormai espressamente e chiaramente riconosciuto allo Stato. In particolare, la Corte ripete l'affermazione già formulata nella sentenza capostipite nel *leading case Regno Unito* c. *Irlanda*, secondo la quale essa, non potendosi sostituire a posteriori allo Stato nella determinazione delle misure, può solo valutarne la ragionevolezza nel momento in cui esse furono adottate: nel caso *Branningan*, la Corte ritiene rispettosa del margine di apprezzamento la disposizione della legge inglese antiterrorismo che escludeva la necessità del mandato di arresto, ritenendo ragionevole limitare l'intervento del magistrato in un contesto come quello nordirlandese, in cui il corpo giudiziario era ridotto e «vulnerabile agli attacchi terroristici». La Corte attribuisce un valore notevole, come si è anticipato [41], anche ad altri elementi idonei a «temperare» e ridimensionare la lesione dei diritti fondamentali, e quindi a giustificare la deroga sotto il profilo della «stretta necessità» della misura oggetto del giudizio: si tratta della creazione di organi amministrativi di revisione delle procedure attivate ai sensi della legge del 1984, della garanzia consistente nel principio dell'*habeas corpus*, del meccanismo di controllo parlamentare periodico della persistente necessità della legislazione emergenziale; per ciò che concerne quest'ultimo profilo, lascia peraltro perplessi il valore attribuito dalla Corte ad un giudizio essenzialmente politico – come non potrebbe che essere il giudizio parlamentare – rispetto ad un parametro la cui concreta determinazione parrebbe invece rimessa almeno in una certa misura alla valutazione della stessa Corte; la ricostruzione della Corte, in questo caso, appare effettivamente pienamente aderente al riconoscimento della *better position* dello Stato nella valutazione della situazione in atto al proprio interno, ma vi aggiunge un ulteriore elemento, che attiene alla natura (anche) politica della decisione statale [42].

Nel caso *Aksoy* [43] la Corte conferma la condizione di *better position* dello Stato nell'individuazione delle misure adottabili a fronte della situazione di emergenza. Nel caso di specie, la polizia turca aveva arrestato e sottoposto a maltrattamenti un oppositore politico sulla base di una disposizione sulla quale la Turchia aveva richiesta la deroga *ex* art. 15 CEDU in relazione alle minacce per la sicurezza nazionale in atto nel Sud-est di quel paese [44]. Anche in que-

---

[41] Cfr. *supra*, nota 33.

[42] S. GREER, *The margin of appreciation: interpretation and discretion*, cit., 24, fa assumere all'aspetto della politicità della individuazione della situazione d'emergenza il carattere di elemento essenziale della dottrina del margine di apprezzamento.

[43] Caso *Aksoy*, cit.

[44] Più precisamente Zeki Aksoy era stato arrestato dalla polizia turca nel 1992, durante la notte, con l'accusa di essere stato individuato come un membro del Partito Comunista Curdo PKK. La detenzione complessiva era durata quindici giorni, senza autorizzazioni o mandati giurisdizionali preventivi e senza convalide successive, durante i quali Aksoy fu sottoposto a sevizie e torture gravissime, che ne comportarono una notevole diminuzione dell'efficienza fisica. Gli fu impedito di comunicare con un legale e di essere visitato da medici.

sto caso la Corte ha riconosciuto le autorità nazionali come «interpreti migliori» rispetto al giudice internazionale sia della sussistenza della situazione di pericolo (la cui trattazione, anche in questo caso, è estremamente stringata e derivante esclusivamente dalle allegazioni del governo turco) sia delle misure necessarie per scongiurarlo [45]. In entrambi i casi e per entrambi gli aspetti il margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato sarebbe «*ampio*», e si presterebbe soltanto all'opera di «supervisione» da parte della Corte in ordine alla «stretta necessità» delle misure adottate. Questo margine di valutazione consentito alle autorità nazionali non può perlatro consentire violazioni delle disposizioni inderogabili dallo stesso meccanismo di esclusione *ex* art. 15 CEDU, tra le quali il divieto di tortura, che la Corte ha invece ritenuto violato nel caso di specie.

Nella giurisprudenza *Branningan* e *Aksoy* la Corte è arrivata ad individuare alcuni parametri che possono essere utilizzati al fine di giudicare dell'adeguatezza delle misure adottate: si tratta della «natura dei diritti» [46] incisi dalla deroga, la «durata» dello stato d'emergenza e le «circostanze che l'hanno creato», nonché la sussistenza di «garanzie» interne agli Stati che compensino la compressione dei diritti convenzionali. Tali circostanze incidono dunque sull'ampiezza del «margine di apprezzamento» riconosciuto alle autorità nazionali nella adozione di misure limitative di diritti CEDU.

Sia nella decisione *Branningan* che nella decisione *Aksoy*, quindi, la Corte si impegna nell'esame del sistema di garanzie predisposto dagli Stati, al fine di verificare se esso può compensare in qualche misura gli effetti negativi della deroga *ex* art. 15 CEDU. Questo esame comporta, nell'uno e nell'altro caso, conseguenze assai diverse: nel caso *Branningan* la Corte si convince della sufficienza del sistema di garanzie predisposto dall'ordinamento britannico (soprattutto con riguardo al ricorso per *habeas corpus*) contro l'arbitrio della polizia che – nel quadro della deroga sopra descritta – poteva arrestare i sospetti senza mandato; nel caso *Aksoy*, invece, il sistema turco di tutela degli arrestati sulla base della legge che deroga alla Convenzione non appare sufficiente alla Corte per garan-

---

[45] Questo aspetto della motivazione appare particolarmente approfondito, e merita di essere riportato: «*La Corte ricorda che incombe a ciascuno Stato contraente, responsabile della «vita della [sua] nazione», determinare se un «pericolo pubblico» la minacci e, in caso positivo, fin dove si deve arrivare per tentare di eliminarlo. In contatto diretto e costante con le realtà pressanti del momento, le autorità nazionali si trovano in linea di principio meglio piazzate rispetto al giudice internazionale per pronunciarsi sulla presenza di tale pericolo, così come sulla natura e l'estensione delle deroghe necessarie per scongiurarlo. Pertanto, occorre lasciare loro in questa materia un ampio margine di apprezzamento*» (Caso *Aksoy*, cit., § 68).

[46] Come osserva E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità*, cit., 46 e 51, la Corte nel caso *Branningan* ha qualificato il principio violato dalla legislazione emergenziale britannica nel caso di specie come uno dei diritti di importanza centrale nel sistema della Convenzione: l'art. 5, infatti, sarebbe uno dei «*fundamental principles of a democratic society, namely the rule of law*».

tirli sufficientemente, e quindi – nel caso di specie – si configura una violazione dell'art. 5 CEDU [47], lasciando il ricorrente completamente «alla mercé dei suoi carcerieri» [48].

3.3. *In conclusione sul margine di apprezzamento nella giurisprudenza sull'art. 15 CEDU. La natura «politica» delle deroghe previste dall'art. 15 e l'equilibrio tra autorità e diritti*

L'esame delle principali sentenze nelle quali la Corte ha fatto uso della dottrina del margine di apprezzamento in casi in cui veniva invocata l'applicazione dell'art. 15 CEDU, evidenzia certamente una evoluzione della giurisprudenza europea. La Corte è infatti partita da un mero riferimento (definito significatiamente «timoroso ed incerto» [49]) alla possibilità, per essa, di valutare la «ragionevolezza» e la «proporzionalità» delle misure adottate, ad una costruzione teorica assai più raffinata, in cui il margine di apprezzamento statale è declinato in termini di migliore posizione dello Stato nella valutazione della situazione di emergenza e delle misure per affrontarla, ed in cui la Corte esercita un controllo esterno ed a posteriori sulla adeguatezza di tali misure, rapportato al momento in cui esse sono state adottate.

I termini ed il contenuto di questo giudizio di supervisione si sono poi arricchiti quando la Corte ha individuato i parametri cui riferirlo nel tipo di interesse di cui si lamenta la lesione, nel tipo di emergenza e nella sua durata, ma soprattutto nell'esistenza all'interno dello Stato di un adeguato sistema di tutela contro gli abusi della pubblica autorità; l'assenza di questo sistema o la sua assoluta insufficienza (come nel caso *Aksoy*) possono comportare un giudizio negativo della Corte in ordine alla «stretta necessità» della misura adottata.

Tutta l'evoluzione giurisprudenziale sopra descritta appare compresa in una doppia tensione. Da un lato vi si può ravvisare la volontà di riempire di contenuto giuridico le espressioni indeterminate utilizzate dall'art. 15 CEDU, attraverso una interpretazione di esse che consenta alla Corte di mantenere un ruolo

---

[47] In particolare la Corte censura il periodo «eccezionalmente lungo» previsto dalla legislazione turca per l'arresto senza intervento giurisdizionale, ed osserva come le garanzie che l'ordinamento appresta per i destinatari delle misure oggetto del giudizio della Corte stessa siano insufficienti a garantire effettivamente il diritto individuale violato. L'assenza di qualsiasi possibilità di accesso ad un Tribunale nel periodo di detenzione preventiva, così come il divieto di contatto con terzi (compresi avvocati e medici), ed infine l'assenza di un sistema rapido di *habeas corpus*, implicano – ad avviso della Corte – che si debba riscontrare una violazione della CEDU da parte della normativa turca, con particolare riguardo all'art. 5 ed all'art. 6 (Caso *Aksoy*, cit., § 80 ss.).

[48] Caso *Aksoy*, cit., § 83. Cfr. M. O'Boyle, *The margin of appreciation*, cit., 27.

[49] M. O'Boyle, *The margin of appreciation*, cit., 29.

nella sua applicazione, impedendo che la semplice notificazione della deroga autorizzi lo Stato a tenere un contegno sostanzialmente arbitrario, nel rispetto, peraltro, della natura notoriamente sussidiaria della tutela garantita dalla Convenzione rispetto al diritto nazionale [50]. D'altro canto non può trascurarsi il riferimento costante alla *better position* dello Stato, secondo cui le autorità interne degli Stati sono le «più vicine» alla concreta situazione di fatto, e sono quindi le più indicate a qualificarla come «guerra» o «pericolo pubblico che minacci la vita della nazione»: ciò attribuisce loro «un certo margine di apprezzamento» – che si configura come difficilmente sindacabile dalla Corte; né può sottacersi il raggio esplicitamente «ampio» del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Corte in questa materia. Queste circostanze inducono a ritenere che, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 15 CEDU, il ruolo della dottrina del margine di apprezzamento (che pure in questo contesto è inizialmente sorta) abbia avuto una evoluzione meno incisiva di quanto non sia accaduto nella giurisprudenza relativa ad altre parti della Convenzione, come vedremo. Una testimonanza – indiretta ma significativa – di questa conclusione, è data dal fatto che la Corte non ha mai sindacato in alcun modo il «primo» requisito per la proponibilità della deroga, cioè la ricorrenza di una «guerra» o del più volte citato «pericolo pubblico», nonché dal fatto che solo di recente – nel caso *Aksoy* – la Corte abbia valutato talune misure statali come non adeguate rispetto alla situazione di emergenza.

È ben evidente che la natura sostanzialmente politica delle scelte che gli Stati effettuano in contesti *lato sensu* emergenziali influisce sulla giurisprudenza di Strasburgo, che infatti si preoccupa costantemente di «rassicurare» gli Stati in ordine alla propria comprensione del problema che li ha indotti ad attivare la deroga *ex* art. 15 CEDU [51].

---

[50] Questa sembra essere l'accezione della dottrina del margine di apprezzamento preferita da R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., 598 ss., il quale interpreta il margine di apprezzamento come una opzione interpretativa scelta dalla Corte europea per «riempire» di contenuto giuridico le «espressioni indeterminate» presenti nella Convenzione, necessaria ogniqualvolta la CEDU esiga dall'interprete giudizi o scelte di valore. Il margine di apprezzamento si identificherebbe così in un «*momento di libertà nella valutazione di quegli elementi di fatto che assicurano l'applicazione della disposizione contenente espressioni indeterminate*» (ID., *op. cit.*, 602).

[51] E. KASTANAS, *Unité e diversité*, cit., 126 sottolinea in senso sostanzialmente positivo questa accezione «rassicurante» della giurisprudenza della Corte europea, che allarga le maglie della sua giurisprudenza fino a renderla adattabile anche a circostanze eccezionali. D'altro canto, questa accezione del margine di apprezzamento statale è esattamente quella che si è attirata in passato numerose critiche, dirette al fatto che si poteva tradurre in un atteggiamento di mera «deferenza» della Corte nei confronti degli Stati (cfr. C.C. MORRISSON, *Margin of appreciation*, cit., 275 ss.).

4. Il ricorso alla dottrina del margine di apprezzamento, al di fuori dell'applicazione dell'art. 15 CEDU

L'origine della dottrina del margine di apprezzamento nell'ambito della disciplina della deroga *ex* art. 15 CEDU non impedì che rapidamente il riferimento al margine di apprezzamento apparisse anche in sentenze nelle quali venivano applicate altre disposizioni convenzionali. In particolare, come anticipato, la dottrina che si esamina ha avuto applicazioni con riferimento ad alcuni diritti riconosciuti dalla CEDU, e precisamente ai diritti di libertà e sicurezza personale (art. 5), al rispetto della vita privata e familiare (art. 8), alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 9) alla libertà di espressione (art. 10) di riunione e di associazione (art. 11), al principio di non discriminazione (art. 14) ed al diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 1 del primo Protocollo. Si è discusso sulla possibilità di estendere l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento anche ad altri settori della CEDU [52], ma l'esame della giurisprudenza di Strasburgo dimostra che, perlomeno con riguardo ai diritti di cui agli artt. 2, 3, 4, la dottrina in esame non ha trovato applicazione [53].

---

[52] In senso favorevole alla espandibilità della dottrina del margine di apprezzamento a tutte le disposizioni della CEDU cfr. invece R.St.J. MacDonald, *The margin of appreciation*, cit., 192, *contra* S. Greer, *The margin of appreciation*, cit., 8.

[53] Cfr. D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 751-752, che richiama l'analisi di J. Callewaert, *Is there a Margin of Appreciation on articles 2, 3 and 4 of the Convention?*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 19 ss. Deve peraltro osservarsi che talvolta la Corte si è trovata ad applicare il meccanismo del margine di apprezzamento in situazioni in cui era coinvolta anche l'applicazione di taluno dei diritti fondamentalissimi inderogabili e non suscettibili di interferenze: si pensi al più volte citato caso *Aksoy*, in cui la Corte era chiamata ad un giudizio su di una vicenda complessa, che coinvolgeva interferenze del diritto alla sicurezza ed al giusto processo, ed al tempo stesso vere e proprie violazioni del diritto a non essere sottoposti a tortura; in quel caso, come si è visto *supra*, la Corte si è in primo luogo pronunciata sulla violazione dell'art. 2, e solo successivamente ha applicato la dottrina del margine di apprezzamento per quanto concerneva gli altri oggetti del ricorso. Ancora, in tempi recenti alla Corte è stata proposta una questione in cui sia l'istante che lo Stato convenuto qualificavano le misure oggetto del giudizio come rispettivamente rientranti o non rientranti nel margine di apprezzamento in materia di divieto di tortura (art. 3); si tratta del caso *Pretty* del 2002 (*Pretty* c. *Regno Unito*, sent. 29 aprile 2002), che ha avuto una risonanza insolita, ancorché comprensibile, sulla stampa e sui mezzi di comunicazione. Il caso traeva origine dal rifiuto opposto dalle autorità britanniche a consentire che il marito di Diane Petty, malata terminale in condizioni di gravissima sofferenza e perdita di dignità, aiutasse la moglie a togliersi la vita, cosa che era impossibilitata a fare autonomamente proprio per la sua condizione fisica. La parte istante sosteneva che tale rifiuto concretasse, tra l'altro, una fattispecie di tortura indiretta, come tale estranea al margine di apprezzamento statale, mentre il governo sosteneva di avere agito all'interno del suddetto margine (negando ovviamente di poter qualificare la propria condotta in termini di tortura). La Corte, nella relativa parte della moti-

Fra l'evoluzione della dottrina del margine di apprezzamento nel quadro della giurisprudenza relativa all'art. 15 e quella relativa ad altri articoli della Convenzione vi sono significativi punti di contatto, ma anche alcune differenze di non poco momento. Con ciò non si vuole sostenere che fra le due giurisprudenze vi sia un'insanabile frattura, come pure taluno ha sostenuto [54]; si intende semplicemente osservare che, dopo la sua origine nell'ambito dell'applicazione dell'art. 15 CEDU, la dottrina del margine di apprezzamento ha avuto innumerevoli applicazioni al di fuori di quel contesto, mentre sono rimaste rarissime quelle aventi ad oggetto lo stesso art. 15. In questa giurisprudenza copiosa, il margine di apprezzamento ha ricevuto declinazioni diverse, non foss'altro per la diversità intrinseca delle posizioni giuridiche tutelate dalle singole disposizioni convenzionali tutelate, e dalla diversa struttura delle disposizioni convenzionali.

In primissimo luogo, non deve sottovalutarsi il dato derivante dalla struttura stessa delle norme interessate: mentre l'art. 15 prevede una generale norma di deroga per i motivi e con i limiti di cui abbiamo ampiamente parlato, gli altri articoli citati (e specialmente gli artt. 8-11) presentano la tipica struttura normativa adottata dai compilatori delle Carte dei diritti europee continentali, cioè la previsione di un particolare diritto, subito seguita dall'individuazione delle tassative possibilità di limitarne il godimento. Siamo quindi di fronte, in questi ultimi casi, a clausole di «interferenza», più che a clausole di deroga, a possibilità per gli Stati non di derogare integralmente ad uno o più diritti convenzionali, ma a limitarne la portata, restringerne l'ambito, sempre però nell'ambito di quella «necessità per una società democratica» che si configura come limite generale alle clausole di interferenza nel diritti convenzionali [55]. La differenza strutturale delle norme, in realtà, non si riduce alla registrazione di un dato meramente estrinseco e formale, ma ha talune ripercussioni anche sull'accezione che il margine di apprezzamento statale assume nell'uno e nell'altro caso, come si cercherà di chiarire attraverso un breve esame di alcune pronunce in cui la Corte ha fatto uso del margine di apprezzamento al di fuori dell'originario «terreno» dell'art. 15 CEDU.

---

vazione, omette di pronunciarsi sul punto della sussistenza di un margine di apprezzamento, limitandosi ad osservare che, sul punto, non esiste una propria giurisprudenza.

[54] È l'opinione, fra l'altro, di K. HAILBRONNER, *Die Einschränkung von Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaft. Zu den Schrankenvorbehalten der EMRK*, in AA.VV., *Völkerrecht als Rechtsordnung*, a cura di R. BERNHARDT, Berlino, 1986, 359 ss.

[55] E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 53 ss., ravvisa tra l'altro anche in questa particolare struttura delle norme uno dei fondamenti di quella che ricostruisce come la «dottrina della proporzionalità», che appare strettamente embricata con la dottrina del margine di apprezzamento, fino al punto di identificarvisi per taluni aspetti, o comunque tale da costituirne elemento portante nell'indagine in ordine alla «necessità» delle misure di deroga o di interferenza. Lo stesso Autore riconosce che tra margine di apprezzamento e proporzionalità esiste un rapporto non solo di «non-incompatibilità», ma piuttosto di complemetarietà (ID., *op. cit.*, 51 ss.).

4.1. *Analisi della giurisprudenza:*

a) *Il caso* Handyside *ed il caso* Sunday Times (I)*: l'incidenza del* consensus standard *delle società democratiche nella valutazione della sussistenza del margine di apprezzamento da parte della Corte*

Nel 1976 la Corte dovette giudicare sulla vicenda di un editore inglese che era stato condannato in Inghilterra sulla base dell'*Obscene publications Act* per aver stampato e distribuito in Gran Bretagna una pubblicazione danese di educazione sessuale per minorenni (peraltro assai diffusa in numerosi altri paesi europei). Nel caso di specie il ricorso verteva contro il provvedimento nazionale di sequestro e confisca del materiale considerato osceno; il problema consisteva nello stabilire se la limitazione della libertà di espressione che aveva avuto luogo nel caso di specie trovasse giustificazione nella deroga prevista dal comma 2 dell'art. 10, se cioè il sequestro e la confisca del materiale in questione potevano essere considerati come necessari in una società democratica per la tutela della morale.

La Corte nel caso *Handyside*[56] si trovava quindi di fronte ad una interferenza statale nella libertà di espressione esercitata dall'editore; tale interferenza era evidentemente esercitata sulla base di una concezione morale dell'oscenità, che animava la legislazione britannica, e che secondo lo Stato rientrava tra quei «doveri e responsabilità» sulla base dei quali – secondo l'art. 10 § 2 CEDU[57] – la libertà di manifestazione del pensiero può essere limitata.

La Corte, in prima battuta, osserva che il sistema di protezione dei diritti umani predisposto dalla Convenzione CEDU ha natura esclusivamente sussidiaria rispetto ai sistemi di protezione nazionali. In questo contesto «sussidiario» la Corte riconosce che fra gli obiettivi che possono legittimamente, ai sensi della Convenzione, limitare l'esercizio della libertà di espressione del pensiero, vi è certa-

---

[56] Sent. 7 dicembre 1976, in *Racc.*, Serie A, n. 24, 4. M. Richard Handyside era proprietario di una casa editrice che pubblicava *The little red schoolbook*, un libro ad uso dei bambini delle scuole inferiori, che era stato tradotto e circolava in vari paesi europei, tra cui l'Italia, la Germania, l'Olanda, la Francia, ecc., nel quale apparivano varie parti dedicate all'educazione sessuale dei minori. Il *Director of Public Prosecution* disponeva il sequestro delle copie del libro sulla base della legge del 1959 sulle pubblicazioni oscene, provvedimento che successivamente veniva confermato dalle giurisdizioni britanniche competenti.

[57] Come è noto, il secondo comma dell'art. 10 CEDU consente interferenze (più precisamente «formalità, restrizioni, condizioni o sanzioni») previste per legge quando esse siano necessarie in una società democratica per tutelare valori che possono entrare in contrapposizione con la tutela della libertà di espressione: la sicurezza nazionale, l'integrità territoriale, la pubblica sicurezza, la difesa dell'ordine e della prevenzione dei reati, la protezione della salute o dei diritti altrui, la necessità di evitare la divulgazione di informazioni riservate, la garanzia dell'autorità e dell'imparzialità del potere giudiziario. Sull'art. 10, si veda recentemente P. CARETTI, *Art. 10*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea*, cit., a cura di S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, 337 ss.

mente la difesa della morale (intesa come difesa contro la corruzione dei costumi sessuali, soprattutto dei minori) [58]. D'altra parte, passando ad esaminare la necessarietà delle misure legislative adottate dalla Gran Bretagna alla stregua del parametro della «società democratica», la Corte osserva come non vi sia una concordanza negli ordinamenti nazionali – un *consensus standard* europeo – sull'accezione con la quale la morale deve essere letta. Si tratta anzi di un concetto che viene declinato in termini sostanzialmente diversi di Paese in Paese: la sussidiarietà del giudizio degli organi di Strasburgo, quindi, impedisce alla Corte di sovrapporre la propria concezione di «protezione della morale» rispetto a quella del legislatore dei singoli Stati contraenti [59].

Ciò premesso, come è immaginabile, la Corte torna su un criterio di giudizio che le è – come abbiamo visto – familiare, sostenendo che lo Stato, in virtù della propria posizione privilegiata è maggiormente legittimato rispetto al giudice internazionale ad interpretare il preciso contenuto delle esigenze complessive che danno luogo, in quel paese ed in quel momento storico, al concetto di morale.

A ben vedere, la teoria della *better position* nel campo delle interferenze sui diritti fondamentali sembra atteggiarsi in modo parzialmente diverso rispetto alla ricostruzione fattane dalla Corte in sede di applicazione dell'art. 15 CEDU. In quest'ultimo caso, infatti, il margine di apprezzamento era ampiamente lasciato allo Stato in ragione della sua migliore posizione nel valutare l'esistenza di un pericolo per la vita della nazione e per individuare le misure necessarie a sventarlo: si trattava quindi di lasciare allo Stato un margine nel valutare la sussistenza di una situazione tendenzialmente obiettiva (anche se si è avuto modo di osservare come tale situazione potesse essere intrisa di politicità), ed i mezzi necessari per porvi rimedio. Nel caso delle interferenze, invece, vi è una differenza, ed è appunto quella per cui tra situazione che giustifica l'interferenza e misura adottata per porla in essere si trova appunto il singolo diritto individuato e consacrato dalla Convenzione, le cui possibilità di limitazione sono previste in termini tassativi dalla Convenzione stessa: la *better position*, quindi, non attiene tanto alla verifica della possibilità di restringere il campo di applicazione di un diritto (compito, questo, che appare del tutto rimesso al giudizio della Corte), quanto alla valutazione delle condizioni che giustificano l'intensità e le modalità della restrizione stessa.

Tornando alle novità della decisione nel caso *Handyside*, deve quindi rilevarsi che lo Stato, anche in questo caso, gode di un margine di apprezzamento che discende da due circostanze contestuali: l'assenza di una definizione europea comune di morale e la sua *better position*. Ancora una volta, il margine di apprezzamento di cui gode lo Stato deve comunque essere «controllato» dalla Corte europea, che verifica la finalità della misura contestata e la sua «necessità» in una

[58] Caso *Handyside*, cit., §§ 44-45.

[59] Caso *Handyside*, cit., § 48.

«società democratica». La libertà di espressione, difatti, costituisce uno dei cardini irrinunciabili di tale genere di società [60].

Il caso *Handyside* rappresenta una tappa fondamentale nell'applicazione da parte della Corte europea della dottrina del margine di apprezzamento. Questa dottrina è strettamente legata al concetto di *standard* europei nella tutela dei diritti individuali. In mancanza di *standard* uniformi il margine di apprezzamento diviene inevitabilmente più ampio [61].

In questa prospettiva la Corte, nel caso *Muller*, ha respinto il ricorso sollevato contro un provvedimento di sequestro e di confisca delle opere esposte da un artista nel 1981 nel Cantone di Friburgo perché ritenute lesive della morale [62]. Ancora una volta la Corte, richiamandosi al caso *Handyside*, ha evidenziato l'assenza in Europa di una concezione uniforme di morale [63]. Nelle sue argomentazioni la Corte non ha affatto inteso minimizzare l'importanza e la centralità della libertà di espressione degli artisti [64], ma ha accolto le argomentazioni del governo svizzero e dal giudice che aveva adottato i provvedimenti impugnati, secondo i quali determinate forme di espressione possono risultare accettabili in alcune parti della Svizzera (e dell'Europa) e considerate invece in altri luoghi lesive della morale. In particolare determinate forme di manifestazioni artistiche possono

---

[60] Secondo la Corte, infatti, la libertà di espressione è uno dei «fondamenti essenziali» del sistema predisposto dalla CEDU, e contestualmente uno degli elementi costitutivi irrinunziabili di qualunque società democratica: tale libertà è tutelata anche per quelle idee che si scontrano con le opinioni prevalenti nella società, che sconvolgono o inquietano lo Stato od una parte – anche prevalente – della popolazione (caso *Handyside*, cit., § 49).

[61] Come nota T.A. O'Donnell, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 484: «*where there is substantial consensus*, *the latitude allowed governments should be narrow; where there is no consensus*, *there should be a wide margin of appreciation*».

[62] Caso *Muller e altri* c. *Svizzera*, sent. 24 maggio 1988, in *Racc.*, ser. A, n. 133, 4. L'artista aveva organizzato una mostra delle proprie opere – che rappresentavano in maniera particolarmente cruda atti sessuali etero ed omosessuali – nel Cantone di Friburgo, per la fruizione della quale non era previsto il pagamento di alcun diritto o biglietto d'ingresso. In sede di emissione del provvedimento di confisca, il giudice elvetico osservava che «*la morale è un concetto giuridico indefinito che deve essere precisato in via di interpretazione*, *tenuto conto del senso e della finalità della norma*, *così come della sua collocazione nell'ambito della legge e del sistema generale del diritto* […]. *Le immagini* [oggetto del giudizio della Corte elvetica] *urtano manifestamente le concezioni morali della grande maggioranza dei cittadini. Se è vero che occorre tener conto dell'evoluzione dei costumi*, *anche se si muove nel senso della degradazione*, *in questo caso si tratta piuttosto di una rivoluzione. Non è necessario commentare le opere confiscate*, *è sufficiente guardarle*, *per persuadersi della volgarità*» (*ivi*, § 14).

[63] Icasticamente la Corte afferma che «*oggi come al tempo della sentenza Handyside si cercherebbe invano nell'ordine giuridico e sociale dei diversi Stati contraenti una nozione uniforme [di morale]*» (Caso *Muller*, cit., § 35).

[64] «*La libertà di espressione artistica riveste una importanza così fondamentale che l'interdizione di un'opera o la condanna del suo autore attentano alla sostanza stessa del diritto garantito dall'art. 10*» (Caso *Muller*, cit., § 31).

essere ritenute oscene in determinati contesti, date le caratteristiche sociali, culturali e religiose della popolazione del luogo. Nonostante l'affermazione generale in favore di una ampia tutela della libertà di espressione artistica, la Corte ha dunque ritenuto che, nel caso di specie, le autorità nazionali avessero agito nell'ambito del margine di apprezzamento loro concesso.

Una sorta di conferma *a contrario* della giurisprudenza inaugurata dalla sentenza *Handyside* si può avere con la nota vicenda che portò alla sentenza *Sunday Times (I)* del 1979, nella quale i giornalisti e la direzione del noto periodico inglese portarono davanti alla Corte un provvedimento giurisdizionale che proibiva loro di diffondere notizie sulla vicenda della presunta pericolosità e tossicità di un medicinale [65]. Il caso nasceva da una decisione giudiziale che, dopo la pubblicazione di un articolo sulla nascita di bambini deformi da madri che avevano assunto il talidomide come tranquillante durante la maternità, vietava al periodico di diffondere ulteriori articoli in materia. Secondo il giudice inglese gli articoli in materia potevano interferire, mediante una sorta di «*pre-giudizio*» [66], con alcuni procedimenti giudiziari instaurati dalle famiglie colpite nei confronti dell'azienda produttrice del medicinale, nel senso di favorire la celebrazione di un processo sulla stampa tale da incidere sull'autorevolezza e sulla libertà di giudizio dei giudici cui il caso era affidato. Questa decisione venne ritenuta dalla Corte non necessaria per «*garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario*». In questo caso la Corte sottolinea la diversa portata dei criteri utilizzati dalle autorità nazionali per giustificare le limitazioni del diritto alla libertà di espressione: nel caso *Handyside* era in gioco la tutela della morale, cioè un concetto che non trovava una definizione che raccogliesse un ampio consenso a livello europeo, mentre tale consenso lo si poteva raccogliere attorno alla concetto di «autorità del potere giudiziario», che è nozione molto più oggettiva e determinabile. Il margine di apprezzamento dello Stato, quindi, si restringe laddove aumenta la capacità della Corte di fasi interprete del *consensus standard* intorno al criterio utilizzato dallo Stato per giustificare l'interferenza [67].

Ciò implica che gli strumenti di controllo della Corte possono farsi ben più penetranti rispetto ad un mero controllo di «legittimità», ma possono interessare anche altri aspetti connessi con la necessarietà: in particolare, potrà avere come oggetto la proporzionalità della misura rispetto all'importanza dei valori che si intendono tutelare. Specialmente il criterio di proporzionalità appare come utilizzato in maniera assai ampia dalla giurisprudenza della Corte, spesso come spe-

---

[65] Caso *Sunday Times (I)*, sent. 29 aprile 1979, in *Racc.*, ser. A, n. 30, 4.

[66] Il «*giudizio prematuro*» era proprio l'oggetto della valutazione negativa effettuata dal giudice interno britannico.

[67] Più esattamente la Corte ha osservato come la maggiore oggettività del giudizio in ordine al concetto di autorità del potere giudiziario non si rifletta peraltro in una analoga omogeneità nell'organizzazione giudiziaria tra i vari paesi, e nemmeno nelle procedure adottate dal potere giudiziario (Caso *Sunday Times*, cit., § 9).

cificazione del criterio di «necessarietà» (di cui si dirà subito), e talvolta come endiadi. In realtà i due concetti non sono coincidenti: una misura «necessaria» può certamente essere sproporzionata, ed una misura proporzionata rispetto all'interesse che interferisce con l'esercizio della libertà può ben essere non necessaria in una società democratica [68].

In ogni caso, nelle due fondamentali sentenze *Handyside* e *Sunday Times (I)*, la Corte effettua un identico ragionamento in ordine ai criteri generali che devono guidare la sua azione e che devono regolamentare quindi anche la sua attività rispetto a quella degli Stati nel loro margine di apprezzamento. Con una operazione ermeneutica (e anche linguistica) assai interessante, infatti, la Corte distingue tra la «necessità» per una società democratica dalla «stretta necessità» prevista per esempio all'art. 15 CEDU. Secondo la Corte, se è vero che la mera «necessità» è concetto diverso e più tenue rispetto alla «stretta necessità», ciò non significa che debba essere identificato con la mera opportunità, con la normalità, con l'utilità, con l'ammissibilità, con la ragionevolezza: per misura «necessaria», quindi, occorre comunque intendere una misura che implica un «*bisogno sociale imperioso*» [69].

Per concludere sul punto, si deve rilevare che la tecnica dell'individuazione del *consensus standard* come base per determinare l'estensione più o meno ampia del margine di apprezzamento statale continui ad essere applicata costantemente

---

[68] E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 67 ss., come osservato anche *supra*, tende a distinguere tra dottrina del margine di apprezzamento e principio di proporzionalità, ma ne rileva anche le reciproche implicazioni. L'Autore osserva che dalla giurisprudenza della Corte europea emergerebbe una certa «distinzione dei ruoli» tra i due strumenti di giudizio, nel senso che il margine di apprezzamento sarebbe utilizzato dalla Corte per effettuare l'accertamento della sussistenza dei presupposti per un'interferenza, mentre l'applicazione del principio di proporzionalità atterrebbe al momento logicamente successivo della valutazione della congruità della misura nella quale viene espressa l'interferenza.

[69] Il riferimento al «bisogno sociale imperioso» ricorre in termini ormai pressoché routinari e formulaici nella giurisprudenza della Corte europea in materia di giudizio sulle interferenze statali sull'applicazione dell'art. 10 CEDU: cfr. ad esempio, per limitarsi solo ai casi più recenti (ma se ne potrebbe individuare una lunga serie anche negli anni più risalenti) i casi *Lingens* del 1996, *Arslan* del 1999, *Okçuoglu* del 1999, *News Verlags Gmbh* del 2000 (nel quale si discuteva della legittimità di misure di divieto di pubblicazione delle fotografie di persone sottoposte ad indagine per l'appartenenza a organizzazioni neonaziste), *Association Ekin* del 2001 (nel quale era in discussione il divieto di pubblicazione in Francia di una pubblicazione di origine spagnola avente ad oggetto l'indipendenza del Paese Basco). La formula è ormai pressoché sempre la stessa, e può essere riportata nei termini di cui al caso *Griogoriadis* del 1997, che riprende quanto stabilito dal caso *Vogt* del 1995: «*l'aggettivo necessario ai sensi dell'art. 10 § 2 implica un «bisogno sociale imperioso». Gli Stati contraenti godono di un certo margine di apprezzamento per giudicare l'esistenza di un tale bisogno, ma ad essa si affianca un controllo europeo avente a sua volta ad oggetto la legge e le decisioni che la applicano, anche quando esse promanano da una giurisdizione indipendente. La Corte a dunque competenza per decidere in ultimo luogo se una restrizione si concilia con la libertà di espressione che l'art. 10 protegge*».

nella giurisprudenza della Corte, anche nel quadro dell'applicazione di principi diversi rispetto alla libertà di manifestazione del pensiero; talvolta, l'applicazione di questa tecnica porta a risultati che non trovano sempre omogenea e condiscendente la Corte in tutti i suoi elementi. Nel recentissimo caso *Frette* del 2002[70], ad esempio, al giudizio della Corte era sottoposta la vicenda di un cittadino francese omosessuale che aveva richiesto alle competenti autorità del suo paese di poter adottare un minore, ed al quale era stato opposto un rifiuto basato esclusivamente – ancorché non esplicitamente – sulle sue preferenze sessuali. Anche in questo caso la Corte europea sceglie di estendere molto il margine di apprezzamento dello Stato, sostenendo che non sussiste un consenso diffuso nella legislazione dei paesi membri in ordine alla possibilità per gli omosessuali di adottare bambini: la Francia dunque era rimasta all'interno del margine di apprezzamento consentito quando aveva negato l'adozione al richiedente. D'altro canto, come rilevato nella *opinion* parzialmente dissenziente di alcuni giudici, il riconoscimento di questo margine di apprezzamento così ampio allo Stato sembrava poter dar luogo ad una discriminazione basata solo sulle preferenze sessuali: questa appariva una misura sproporzionata e non necessaria, specialmente in un paese, come la Francia, che consente l'adozione a soggetti singoli, uomini e donne, oltre che alle coppie eterosessuali[71]. Dalle decisioni sopra richiamate emerge dunque un'attenzione della Corte a non sostituire le proprie valutazioni a quelle degli Stati contraenti quando si tratta di fare applicazione di concetti (quali ad esempio la morale) sui quali non esiste un consenso standard tra gli Stati. Sotto questo profilo emergono alcuni punti di contatto con la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, la quale ha ricostruito i diritti fondamentali il cui rispetto si impone agli organi comunitari ricavandoli dalle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri», evitando con ciò di «imporre» le proprie opzioni interpretative agli Stati membri stessi[72].

---

[70] Caso *Frette* c. *Francia*, sent. 26 maggio 2002.

[71] Nella *opinion* parzialmente dissenziente dei giudici Bratza, Fuhrmann e Tilkens resa contestualmente alla sentenza sul caso *Frette*, cit., viene richiamata la giurisprudenza *Abdulaziz* (sulla quel *infra*) sul divieto di discriminazione per introdurre un elemento diverso rispetto a quelli trattati dalla Corte nella sentenza: il riconoscimento di un ampio margine di apprezzamento allo Stato, basato sulla *better position* dello stesso che gli consente di percepire meglio le istanze sociali e civili, se comporta che non vi sia lesione dell'art. 8 CEDU, non implica però che non vi sia lesione dell'art. 14, che vieta la discriminazione per motivi sessuali.

[72] Anche la giurisprudenza in materia di applicazione degli artt. 5 (diritto alla libertà ed alla sicurezza) e 6 (Diritto ad un processo equo) ha apportato alcuni contributi nella ricostruzione della dottrina del margine di apprezzamento. Nel casi aventi ad oggetto l'art. 5 (quali i casi *Ashingdane*, *Luberti*, ecc.) non vi è un diretto riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento, ma vi è comunque una ripartizione ancorché embrionale tra competenza dello Stato e competenza di supervisione in capo alla Corte. Per ciò che concerne la giurisprudenza sull'art. 6, invece, pur senza fare espresso riferimento alla dottrina del margine di apprezzamento, si assiste ad un recupero dell'elaborazione dottrinaria realizzata su altre parti della

b) *La tutela della vita privata nei casi* Dudgeon *e* X e Y *(e altri), della libertà di associazione nel caso* Communist Party of Turkey*, del diritto di proprietà. La definizione delle caratteristiche minime di una «società democratica»; il rilievo della particolare natura dell'interesse tutelato e dell'obiettivo perseguito dalla pubblica autorità*

Nel 1981 la Corte si trovò a dover decidere su di un reclamo (c.d. caso *Dudgeon*) [73] con il quale veniva lamentata una lesione del diritto al rispetto della propria vita privata da parte del governo nordirlandese, che criminalizzava i rapporti omosessuali svolti in privato fra adulti consenzienti. In quel caso la Corte ritenne la misura adottata in violazione dell'art. 8 CEDU, con un'argomentazione che sarebbe stata successivamente spesso riproposta: da un lato, infatti, la Corte mostrava di comprendere quale tipo di contesto sociale e culturale avesse generato la misura in discussione (l'atteggiamento fortemente conservatore e tradizionalista della classe dirigente dell'Irlanda del Nord), ma dall'altro lato sottoponeva la misura – con esito evidentemente negativo – al test della necessarietà in una società democratica, ed alla verifica della sussistenza del bisogno sociale pressante di adottare la misura stessa.

Ebbene, la Corte osservava che né l'uno né l'altro dei requisiti sussistevano nel caso di specie, in quanto un «società democratica» – alla stregua della quale la necessarietà della misura avrebbe dovuto essere parametrata – è tipicamente caratterizzata dalla tolleranza e dall'apertura alla diversità: tali caratteristiche per così dire ontologiche della società democratica non possono essere travolte e poste nel nulla da parte di una misura statale. Per di più, nel caso di specie, la Corte si spingeva in un'ulteriore argomentazione, basata proprio sul valore del diritto limitato dalla misura statale adottata; si trattava infatti, secondo la sentenza *Dudgeon*, di garantire la tutela di un aspetto della vita privata «*assolutamente intimo*», per la limitazione del quale lo Stato avrebbe dovuto addurre motivazioni particolarmente incisive e pregnanti. In questo caso la Corte, diversamente da quanto deciso nei casi *Handyside* e *Muller*, non ha dunque dato rilievo decisivo alla relatività del concetto di morale ed ha ravvisato una violazione del rispetto della vita privata in un comportamento sul quale, nella comunità in cui viveva Dudgeon, prevaleva un punto di vista nettamente differente. A sostegno della propria decisione, tuttavia, la Corte non ha mancato di evidenziare come nella maggior parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa la pratica omosessuale non è più considerata un reato e come anche in relazione al caso dell'Irlanda del Nord non sussistesse una assoluta esigenza sociale di assoggettare la condotta in

---

Convenzione ed all'utilizzazione della terminologia normalmente creata dalla Corte europea in quel contesto (come rileva C.H. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 177): in particolare, si ha il riferimento alla valenza del *consensus standard* per la valutazione delle limitazioni statali, e la considerazione per le specificità statali come fonte della discrezionalità degli Stati stessi (cfr. ad esempio i casi *Ozturk*, *Axen*, *Sutter*).

[73] Caso *Dudgeon*, sent. 22 ottobre 1981, in *Racc.*, ser. A, n. 44, 4.

questione a sanzione penale; d'altro canto, come osservato, la sussistenza del *consensus standard* in ordine alla libertà di porre in essere pratiche omosessuali tra consenzienti non costituiva il principale motivo che muoveva la Corte nel decidere contro lo Stato convenuto, in quanto tale decisione andava ricondotta principalmente alla qualità ed all'importanza del diritto tutelato [74].

Non si può peraltro tralasciare che giurisprudenza inaugurata con la sentenza *Dudgeon* non si è affermata sempre in termini lineari e coerenti nella giurisprudenza successiva della Corte europea, e ciò anche nell'ambito di fattispecie per molti aspetti analoghe rispetto a quella oggetto del giudizio nel caso *Dudgeon*. Come è stato rilevato [75], sussiste ad esempio una profonda diversità tra i principi elaborati nel caso *Dudgeon* e la soluzione data al caso *Rees* del 1986 [76]. Anche in quella circostanza, infatti, si era di fronte ad una vicenda di limitazione statale di un diritto convenzionale (ancora l'art. 8 CEDU) inteso nel suo aspetto più privato ed intimo, cioè l'identità sessuale. Ma stavolta la Corte ritiene che non si sia formato un sufficiente *consensus standard* in ordine al tema oggetto della controversia, cioè la rettifica dell'indicazione del sesso nei registri di stato civile, e nega quindi che l'autorità amministrativa abbia posto in essere misure eccedenti l'ambito di discrezionalità e di apprezzamento da riconoscere agli Stati: l'elemento nuovo è quello per cui la Corte riconosce che gli ordinamenti giuridici europei sono in una «*fase di transizione*» riguardo all'atteggiamento nei confronti dei transessuali, e che quindi – finché dura questa fase – il margine di apprezzamento è più ampio, al fine di salvaguardare le pratiche nazionali e non sostituirsi al legislatore locale [77].

---

[74] Caso *Dudgeon*, cit., § 52: «*l'estensione del margine di apprezzamento dipende non soltanto dal fine della restrizione, ma anche dalla natura delle attività in gioco. Ora, il presente caso attiene ad un aspetto fra i più intimi della vita privata. Devono quindi sussistere ragioni particolarmente gravi per rendere legittimi, ai fini del § 2 dell'art. 8, delle ingerenze dei pubblici poteri*».

[75] C. Overy, *The margin of appreciation and article 8 of the Convention*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 11. L'Autrice osserva che, a fronte del medesimo aspetto della vita sessuale degli individui il cui godimento risulta limitato dalla pubblica autorità, la Corte assume una posizione diametralmente opposta nel caso *Dudgeon* e nel caso *Rees*.

[76] Caso *Rees* c. *Regno Unito*, sent. 17 ottobre 1986, in *Racc.*, ser. A, n. 106. L'istante era un soggetto transessuale di nazionalità inglese, iscritto nei registri locali come appartenente al sesso femminile, che chiedeva la rettifica di tale iscrizione a seguito della constatazione anche medico-scientifica – dopo una serie di interventi chirurgici – oltre che psicologica della sua appartenenza al sesso maschile. L'autorità amministrativa britannica negava la rettifica, in quanto non prevista dalle leggi vigenti all'epoca nel Regno Unito.

[77] La Corte osserva preliminarmente che molti Stati europei – ma non tutti – si sono dotati di una legislazione di riconoscimento e di regolamentazione degli aspetti giuridici del fenomeno della transessualità, ma che non sussiste ancora una comunanza complessiva di vedute rispetto a tale fenomeno, ed è in corso la citata «fase di transizione» (caso *Rees*, cit., §§ 37-38). Sembra opportuno rilevare in questa sede che anche nel caso *Dudgeon* non era solo la legislazione nordirlandese a vietare, all'epoca, i rapporti omosessuali tra adulti consenzienti, ma an-

Il differente atteggiamento della Corte nei due casi può dar luogo a due osservazioni. *In primis*, la teoria della qualità del diritto tutelato come limite al margine di apprezzamento deve essere riletta alla luce del caso *Rees*: non si tratta soltanto di qualificare come essenziale un aspetto della tutela garantita dalla Convenzione perché esso prevalga sulle limitazioni statali, ma occorre verificare anche che tale diritto riceva un consenso tendenzialmente uniforme tra i Paesi contraenti. Questa considerazione implica che le tecniche della «*qualità del diritto*» e del «*consensus standard*» operano contestualmente nella valutazione del margine di apprezzamento, e possono entrare anche in contrasto tra loro: resta dunque alla Corte la delicata operazione di bilanciamento tra le due tecniche. A questa operazione di bilanciamento non sembra estranea la secondo osservazione derivante dal confronto tra *Dudgeon* e *Rees*: non deve essere svalutata infatti la differenza tra i due casi per quanto riguarda il tipo di atteggiamento richiesto allo Stato dal soggetto istante: nel caso *Dudgeon* si chiedeva un atteggiamento sostanzialmente negativo, di non intromissione nell'esercizio di una attività intima e protetta dal diritto convenzionale, nel caso *Rees* si chiedeva che lo Stato si attivasse positivamente per abbattere gli ostacoli che l'ordinamento riservava ad un pieno godimento del medesimo diritto. È infatti vero che la Corte ha affermato che i principi applicabili in caso di obbligazioni negative o positive sono i medesimi [78], ma la Corte stessa appare meno pronta a sanzionare le violazioni quando esse abbiano ad oggetto obblighi positivi dello Stato [79].

In ogni caso, nella sentenza *Dudgeon* (e nelle molte altre che hanno avuto ad oggetto il margine di apprezzamento nell'applicazione degli artt. 8-11 CEDU), la Corte recupera elementi della propria giurisprudenza *Sunday Times*, cioè la definizione del ruolo della Corte come supervisore dell'esercizio del potere d'interferenza da parte del pubblico potere, ma aggiunge e dà risalto anche ad alcuni elementi solo in parte evidenziati in precedenza, come in particolare il rilievo che assumono lo stesso diritto tutelato [80] e l'obiettivo perseguito dalla pubblica auto-

---

che in altri Stati sussisteva tale divieto e la connessa sanzione (come rilevava l'opinione dissenziente del giudice cipriota nel caso *Dudgeon*, cit.): ciò non impedì alla Corte di attestare la formazione di un *consensus standard* europeo. Un altro caso interessante, ancora in materia di identità sessuale e transessualismo è il caso *Cossey* (sent. 27 settembre 1990, in *Racc.*, ser. A, vol. 184), nel quale il ricorrente rilevava una violazione dell'art. 8 in tutto simile rispetto a quella del caso *Rees*: anche la soluzione data dalla Corte è sostanzialmente analoga.

[78] Così nel caso *Gül* c. *Svizzera*, sent. 19 febbraio 1996, in *Racc.*, ser. A, 3, nonché, recentemente, nel caso *Mikulic* c. *Croazia*, sent. 7 febbraio 2002, § 58. Nel caso *Powell e Rayner*, sent. 21 febbraio 1990, in *Racc.*, ser. A, vol. 192, § 41, la Corte afferma esplicitamente che non vi è una considerevole differenza tra una limitazione di un diritto ed il mancato adempimento da parte dello Stato ad un obbligo positivo. Cfr. E. KASTANAS, *Unité et diversité*, cit., 171.

[79] C. OVERY, *The margin of appreciation*, cit., 10.

[80] Anche nella più recente giurisprudenza il tema della importanza del diritto tutelato dalla Convenzione come limite al margine di apprezzamento emerge frequentemente. Cfr., ad esempio in caso *Lee* c. *Regno Unito* (sent. 18 gennaio 2001), nel quale un appartenente alla co-

rità con la misura di interferenza, e soprattutto la definizione di un *minimum standard* riconosciuto di caratteristiche di una «società democratica». È interessante l'affermazione della Corte nel caso *F.* c. *Svizzera* [81], laddove – nel quadro della verifica sull'esistenza di un *consensus standard* in ordine alla limitazione introdotta dalla legge matrimoniale svizzera oggetto del giudizio – sostiene che l'«isolamento» della legislazione dello Stato convenuto rispetto a tutte le altre legislazioni degli Stati contraenti, non implica che la misura sia necessariamente contraria alla Convenzione, particolarmente quando essa abbia ad oggetto materie particolarmente sensibili alle tradizioni locali, come il diritto matrimoniale: anche sotto questo profilo, quindi, la teoria del *consensus standard* deve essere letta in termini di ricerca del *minimum standard* nel quadro astratto di una «società democratica».

Anche nel caso *X e Y* del 1985 [82], relativo all'assenza di una incriminazione penale in Olanda per coloro che attentassero sessualmente nei confronti nei soggetti mentalmente handicappati, la Corte fa un esplicito e fondamentale riferimento alla «natura» dell'interesse tutelato, talmente intimo e coessenziale al concetto stesso di vita privata, da non tollerare che a sua garanzia non sia predisposta una tutela penale specifica. Nel caso *Z.* c. *Finlandia* del 1997 [83], la Corte ha invece ritenuto che, pur non potendosi escludere una legittima limitazione del diritto alla riservatezza nel caso in cui si debba garantire la persecuzione dei reati o

---

munità tzigana del Regno Unito lamentava che gli fosse stato impedito di vivere all'interno di camper installati in un fondo di sua proprietà, per via di motivi attinenti la tutela ambientale e lo sviluppo urbanistico. Anche in questa interessante vertenza la Corte europea fa riferimento al fatto che «*l'estensione del margine di apprezzamento dipende dalla natura del diritto garantito dalla Convenzione*, *dalla sua importanza per la persona interessata e della natura delle attività sottoposte a restrizione*». Nel caso di specie, peraltro, diversamente dal caso *Dudgeon*, la Corte aveva respinto il ricorso ritenendo legittime le misure adottate dall'autorità amministrativa britannica, anche se poste a confronto con l'importanza del diritto tutelato.

[81] Caso *F.* c. *Svizzera*, sent. 18 dicembre 1987, in *Racc.*, ser. A, n. 128. La vertenza aveva ad oggetto la legge svizzera allora vigente, che impediva di unirsi nuovamente in matrimonio per un periodo di tempo successivo allo scioglimento del matrimonio precedente. La Corte constata che questa disposizione è unica nel panorama delle legislazioni degli Stati contraenti, in quanto è stata espunta da tutte le altre. Ma, come detto, ciò non implica che la misura statale sia automaticamente illegittima, e ciò con particolare riguardo al fatto che essa è dettata in tema di diritto matrimoniale, tema in cui occorre aver riguardo alle diverse tradizioni culturali locali irriducibili ad una unità di *consensus* che risulterebbe fatalmente artificiosa.

[82] Caso *X. e Y.* c. *Olanda*, sent. 26 marzo 1985, in *Racc.*, ser. A, n. 91.

[83] Caso *Z.* c. *Finlandia*, sent. 25 febbraio 1997, in *Racc.*, ser. A, II, 31, 323. Nel caso in esame emergeva un problema di compatibilità fra il corretto svolgimento di un processo penale (in particolare per quanto attiene alla completezza delle testimonianze) e l'interesse dell'imputato a non vedere rivelati dati inerenti il suo stato di salute. La Corte rileva che il rispetto del carattere confidenziale delle informazioni sulla salute costituisce un principio essenziale del sistema giuridico di tutte le parti contraenti, particolarmente per quanto riguarda le informazioni relative alla sieropositività, e che quindi la sua limitazione deve rispondere a bisogni sociali particolarmente sentiti ed urgenti (*ivi*, §§ 95-96).

l'interesse della giustizia, tale limitazione non può essere estesa alla confidenzialità dei dati medici, che ricopre un interesse assolutamente fondamentale all'interno dello stesso art. 8.

Questa giurisprudenza – assai copiosa [84] – sull'art. 8 sembra aprire uno spiraglio su di una concezione del margine di apprezzamento che sconta in maniera evidente la tensione tra interpretazione oggettiva della Convenzione e interpretazione giurisprudenziale che tende ad adattarsi caso per caso: in particolare, sembra emergere dalle sentenze citate e brevemente riassunte nel loro contenuto essenziale, una frammentaria ed embrionale (ma non per questo meno importante) ricostruzione dei diritti previsti dalla Convenzione secondo una sorta di scala di valori «interna» ai diritti stessi [85], per cui alcuni elementi di essi assumono un valore di obiettiva ed incontrastata irrinunziabilità nel quadro di una società democratica, e quindi restringono proporzionalmente il margine di apprezzamento lasciato agli stati, in favore di un più penetrante controllo da parte della Corte. In questo senso tendono a «fondersi» i tre elementi di novità che abbiamo visto emerge ad esempio dalla sentenza *Dudgeon*, cioè la definizione della società democratica, il rilievo attribuito all'interesse con il quale si interferisce e quello attribuito all'obiettivo dell'interferenza: questi elementi, infatti, tendono a porsi su piani quantomeno convergenti, fino a consentire di ricostruire un quadro di «frammenti di diritti» o – più correttamente – di singole situazioni soggettive tutelate da uno o più articoli della Convenzione, che si pongono come elementi essenziali in un quadro di società democratica, fino a contribuire a determinarne il contenuto.

Una conferma di quanto appena sostenuto appare provenire dalla recente sentenza sul caso *K. e T.* c. *Finlandia* del 2001, nel quale la Corte opera direttamente una selezione tra gli obiettivi perseguiti dallo Stato convenuto rispetto all'importanza dei diritti tutelati di volta in volta dalla Convenzione, per dedurne che – in una stessa vicenda storica – lo Stato gode di un margine di apprezzamento più ampio in ordine alla restrizione di determinati aspetti di un diritto convenzionale, e gode invece di un margine meno esteso per altri aspetti. Sembra interessante osservare che, nella sentenza che si qui commenta, la Corte distingue, all'interno della fattispecie tutelata dall'art. 8 CEDU, tra varie situazioni soggettive suscettibili di restrizioni diverse, e a fronte delle quali lo Stato si trova ad avere un margine di apprezzamento diverso, a seconda del tipo di fine che persegue, ed a seconda della «qualità» del diritto che si intende limitare [86].

---

[84] Per ulteriori esempi, più risalenti nel tempo, cfr. R.St.J. MacDonald, *The margin of appreciation* (1990), cit., 124 ss.

[85] C.H. Yourow, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 188, osserva come nella giurisprudenza successiva al 1979 sia possibile trarre un'idea «gerarchica» dei diritti tutelati.

[86] Caso *K. e T.* c. *Finlandia* (sent. 12 luglio 2001). Il caso riguardava la vicenda di una madre finlandese affetta da episodi di schizofrenia, alla quale era stata negata la custodia dei due figli minori (prima in via transitoria e poi definitiva), ed alla quale erano inoltre state applica-

Altri esempi di questa interessante tendenza sembrano quelli che provengono dalla giurisprudenza in materia di libertà di associazione: con il *leading-case Communist Party of Turkey* del 1998 [87], infatti, la Corte ha colto l'occasione per individuare un contenuto essenziale della libertà di associazione di cui all'art. 11 CEDU, nel rispetto delle opinioni e della libertà di esprimerle. D'altro canto, la pluralità di partiti è inerente allo stesso modello democratico sotteso a tutto il sistema di protezione dei diritti convenzionali: non stupisce quindi che proprio in occasione del giudizio sull'art. 11 la Corte abbia individuato un margine di apprezzamento particolarmente ristretto per le autorità nazionali.

Nel caso *Communist Party of Turkey* emerge con nettezza, come si avrà modo di ribadire più avanti, un'altra delle tecniche argomentative della Corte che, strettamente connessa ed embricata con le altre – delle quali si sta discorrendo in queste righe – contribuisce a ricostruire in maniera complessiva la dottrina del margine di apprezzamento: la Corte tende infatti a delineare, sullo sfondo di talune delle proprie sentenze, un modello per così dire oggettivo di «società democratica», alla stregua del quale pone poi in paragone le misure concrete statali oggetto del suo giudizio. La tendenza, che trova il suo fondamento nel giudizio sulla necessarietà di una misura «in una società democratica», è evidente proprio nel caso del Partito Comunista di Turchia, in cui la Corte mette in relazione l'art. 11 e l'art. 10 CEDU, e osserva come «*la democrazia rappresenta senza dubbio un elemento fondamentale dell'ordine pubblico europeo*» e come «*la democrazia appare come l'unico modello politico previsto dalla Convenzione, e quindi l'unico che sia compatibile con essa*» [88]: alla stregua di questa considerazione preliminare, discende che la Convenzione ha stabilito alcune norme «caratteristiche della so-

---

te misure ulteriori come una forte restrizione dei colloqui con i figli. La Corte stabilisce che il margine di apprezzamento consentito allo Stato in questo contesto varia secondo la natura delle questioni oggetto della valutazione della Corte e secondo la gravità degli interessi in gioco, cioè da una parte la protezione dei minori rispetto alle situazioni che possono metterne in pericolo la salute e dall'altra parte l'obiettivo di riunire il nucleo familiare. Ciò premesso, la Corte riconosce che le autorità godono di una grande latitudine per valutare la necessità di assumersi la responsabilità di un minore, ma occorre valutare in termini più rigorosi le eventuali restrizioni supplementari, come ad esempio le limitazioni del diritto di visita e di colloquio tra genitore e minori.

[87] Caso *Communist Party of Turkey*, sent. 30 gennaio 1998, in *Racc.*, ser. A, I. Il Partito Comunista Unificato di Turchia (TBKP), fondato nel 1990, era stato sottoposto, in prossimità delle elezioni politiche turche dello stesso 1990 ad un procedimento avente come obiettivo il suo scioglimento ai sensi della Costituzione turca e della vigente legge sui partiti politici. Il motivo della asserita illegittimità del TBKP era da ravvisarsi, secondo le autorità turche, nell'inserimento nella denominazione della espressione «comunista», vietata dalla legge vigente, nell'aver dichiarato di essere successore di un partito già sciolto, nel voler affermare l'egemonia di una classe sociale sull'altra ed infine nell'attentare contro l'unità politica e territoriale della Turchia, avendo pubblicato un programma che riconosceva i diritti della minoranza curda.

[88] Caso *Communist Party of Turkey*, cit., § 45.

cietà democratica», tra le quali vi è la libertà di associazione politica e la competizione dei partiti. Una limitazione di questo principio richiede uno scrutinio strettissimo della Corte – incaricata di far rispettare la Convenzione – e quindi un margine di apprezzamento limitatissimo per gli Stati. Questa ricostruzione di ampio respiro in ordine ai caratteri essenziali della società democratica si risolve essenzialmente in uno strumento ermeneutico alternativo per far valere la «qualità» del diritto limitato nella individuazione dell'ampiezza del margine di apprezzamento statale, ma non se ne deve sottovalutare la portata ricostruttiva complessiva e le potenzialità interpretative, che possono spingere la Corte verso un'interpretazione sempre più «autonoma» della Convenzione [89].

Sotto un diverso profilo, la Corte può «esaltare» l'obiettivo perseguito dall'autorità pubblica, «svalutando» al contempo, nel bilanciamento che ne consegue, la natura del diritto perseguito dall'agente. Si pensi al caso *Laskey, Jaggard e Brown* del 1997 [90], in cui la Corte ha ritenuto ammissibili interferenze statali nelle pratiche sessuali sadomasochistiche fra consenzienti, in quanto determinate da interessi quali il diritto alla salute pubblica. O ancora, si pensi ai vari casi in cui la Corte ha fatto prevalere interessi quali la sicurezza nazionale o l'ordine pubblico – espandendo il relativo margine di apprezzamento statale [91]. O infine, si pensi ai casi in cui la Corte ha preferito non sindacare l'esercizio di un potere valutativo discrezionale dell'amministrazione statale coinvolta, basato su poteri conferiti dalla legislazione che ha come fine la tutela del territorio e dell'ambiente, limitando il suo intervento ai casi di errore manifesto [92].

Questa tendenza appare nella sua massima espressione quando è la stessa «clausola di interferenza» che consente di ricorrere a concetti come «interesse pubblico» o «pubblica sicurezza». Ciò, ad esempio, capita nella giurisprudenza della Corte che applica l'art. 1 del primo Protocollo CEDU, dedicato alla tutela del diritto di proprietà, in cui le clausole di interferenza consentite attengono

---

[89] Sembra deporre per questo tipo di evoluzione interpretativa la ricostruzione di E. KASTANAS, *Unité et diversité*, cit., 344 ss.

[90] Caso *Laskey, Jaggard e Brown* c. *Regno Unito*, sent. 19 febbraio 1997, in *Racc.*, ser. A, I.

[91] Rinviando a C. OVERY, *The margin of appreciation*, cit., 11-12 per un'analisi dettagliata della giurisprudenza in materia, si può citare in questa sede soprattutto il caso *Klass e altri* c. *Germania*, sent. 6 settembre 1978, in *Racc.*, ser. A, vol. 28, nel quale venivano contestate alcune misure adottate dal governo tedesco per l'intercettazione di comunicazioni in regime di «sorveglianza segreta» nel quadro di indagini volte a perseguire reati di terrorismo. La Corte osserva che il fenomeno terroristico pone gli Stati democratici di fronte a problemi in larga parte inediti, e quindi la predisposizione di strumenti nuovi ed eccezionali per combattere tale fenomeno appare in linea di principio legittima e rientrante nel margine statale di apprezzamento.

[92] Nel caso *Lee*, cit., § 94, la Corte osserva che in materia di attività di esecuzione delle disposizioni di pianificazione urbanistica e di tutela ambientale «*le autorità nazionali godono in principio di un margine di apprezzamento esteso, anche se la Corte resta abilitata a concludere che le autorità hanno commesso un errore manifesto di apprezzamento*».

all'«*interesse pubblico*» e all'«*interesse generale*», concetti che la Corte stessa non definisce in termini generali (se non fissando taluni punti di riferimento piuttosto generali), preferendo valutarne la sussistenza caso per caso [93].

La Corte tende quindi a fare un uso più «libero» della dottrina del margine di apprezzamento (nel senso di estenderne la portata piuttosto che di restringerla) nel decidere questioni inerenti a potenziali violazioni del diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 1 del primo Protocollo. Nei casi in cui la compressione della proprietà risponde a finalità di politica sociale, la Corte ha in genere consentito agli Stati un notevole margine di apprezzamento [94]. Nel caso *Lithgow* del 1986 [95], ad esempio, la Corte ha respinto il ricorso avverso una legge di nazionalizzazione sospettata di contrastare con l'art. 1 del primo Protocollo a causa della inadeguatezza dell'indennizzo accordato, osservando che le autorità nazionali sono in una condizione migliore per stabilire quale debba essere la misura più appropriata dell'indennizzo in relazione alle circostanze. In effetti, come è stato correttamente segnalato [96], il campo della proprietà rappresenta un tipico esempio di come in una società democratica possano esistere differenti visioni circa il bilanciamento tra diritto individuale e interessi sociali; i redattori del Protocollo, in mancanza di una univoca nozione di diritto di proprietà in Europa, hanno dunque lasciato una certa discrezione agli Stati contraenti [97]. Ciò conferma dunque che il margine di apprezzamento si espande in mancanza di *standard* comuni. Non a caso, dunque, con riguardo al diritto alla vita ed al divieto di tortura e di schiavitù sanciti dagli articoli da 2 a 4 della CEDU il margine di apprezzamento degli stati nazionali è ridottissimo se non praticamente nullo [98].

Alcune conferme possono essere trovate nell'analisi di altre sentenze in materia di applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo. Nel caso *James* del 1986 [99], ad esempio, la Corte ripropone la propria giurisprudenza in ordine alla *better posi-*

---

[93] Y. WINISDOERFFER, *Margin of appreciation and article 1 of Protocol no. 1*, in *Hum. Rights Law Journ*., 1998, 18, osserva come nel caso *James* (su cui subito *infra*) la Corte si sia limitata a rilevare – in termini negativi – che non ricorre certamente un pubblico interesse o un interesse generale laddove la privazione della proprietà sia posta in essere al solo scopo di favorire gli interessi privati di un soggetto, anche se in linea generale il trasferimento coattivo della proprietà da un soggetto ad un altro può integrare anche gli estremi dell'interesse pubblico, a seconda delle circostanze in cui la vicenda si svolge.

[94] R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation*, cit., 119.

[95] Caso *Litghow e altri* c. *Regno Unito*, sent. 8 luglio 1986, in *Racc.*, ser. A, vol. 102. La vicenda all'origine della controversia riguardava le nazionalizzazioni del settore aerospaziale realizzate dalla Gran Bretagna.

[96] P. MAHONEY, *Marvellous richness*, cit., 5.

[97] Sulla giurisprudenza in materia cfr. Y. WINISDOEFFER, *Margin of Appreciation and Article 1 of Protocol No. 1*, cit., 18 ss.

[98] Cfr. J. CALLAWAERT, *Is There a Margin of Appreciation*, cit., 6 ss.

[99] Caso *James e altri* c. *Regno Unito*, sent. 21 febbraio 1986, in *Racc.*, ser. A, vol. 98.

tion che gli Stati manterrebbero nella valutazione dell'interesse pubblico (che può assumere declinazioni molto diverse da luogo a luogo e a seconda delle situazioni), ed in ordine all'assenza di principi comuni degli Stati sulla legittimità dell'espropriazione della proprietà. La Corte, quindi, si limita ad un controllo piuttosto esteriore, concentrato sulla sussistenza dell'interesse pubblico (o meglio sulla sua palese assenza), ma riconosce il più delle volte un ampio margine di apprezzamento agli Stati in questa materia [100], restando piuttosto rari i casi di accertamento della violazione del Protocollo [101]. Anche in questo caso, peraltro, la Corte non rinuncia al giudizio sulla proporzionalità dei mezzi utilizzati per garantire il fine ritenuto rientrante nel margine di apprezzamento statale: in questo campo la Corte ha ribadito il diritto dell'espropriato ad un ristoro patrimoniale da collegarsi al valore di mercato del bene [102]. Nel caso *Traktörer* del 1989 [103], la Corte ha riconosciuto che esiste un ampio margine di apprezzamento statale nella valutazione dell'opportunità di comminare la sanzione del ritiro di una licenza commerciale a seguito della violazione della legislazione fiscale [104]. Il limite del margine di apprezzamento, in casi come questo, sembra essere soltanto la «manifesta irragionevolezza» delle misure nazionali [105], specialmente quando esse sia-

---

[100] Per la giurisprudenza in materia, si veda soprattutto il caso *The Holy Monasteries* c. *Grecia*, sent. 9 dicembre 1994, in *Racc.*, ser. A, vol. 301-A, nel quale la Corte si riporta pressoché pedissequamente alle allegazioni del governo greco in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico alla confisca di fondi ed alla loro assegnazione a cooperative di coltivatori.

[101] Y. WINISDOERFFER, *Margin of appreciation and article 1*, cit., 19, procede ad una ricognizione sommaria dei casi di condanna degli Stati per violazione dell'art. 1 del primo Protocollo, richiamando alcune vicende relative a espropriazioni a lungo termine accompagnate da divieti a costruire senza la possibilità di ottenere ristori compensativi, trasferimenti di fondi accompagnati da un ristoro patrimoniale solo dopo moltissimi anni, la permanenza dell'annotazione del provvedimento di espropriazione in pubblici registri anche dopo che un organo giurisdizionale ne ha stabilito l'illegittimità, la permanenza del sequestro giudiziario anche dopo che il giudizio penale si è concluso, l'annullamento per via legislativa di una pronuncia giurisdizionale che accertava l'esistenza di un debito dello Stato, la privazione illegittima della proprietà derivante da un procedimento accelerato, o da una espropriazione illegittima. Come si vede, si tratta di casi particolarmente gravi ed in cui lo sbilanciamento a sfavore del diritto individuale rispetto all'interesse generale appare particolarmente vistoso.

[102] Rientra però nel margine di apprezzamento statale l'individuazione della relazione che intercorre tra ristoro patrimoniale e valore commerciale del bene: caso *James*, cit., §§ 54-55.

[103] Caso *Traktörer Aktiebolog* c. *Svezia*, sent. 7 luglio 1989, in *Racc.*, ser. A, vol. 159.

[104] C.H. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 154, osserva come la giurisprudenza in materia di limitazioni dell'art. 1 del primo Protocollo faccia pressoché sempre riferimento al margine di apprezzamento definendolo «ampio» (*wide*), e non utilizzi invece l'espressione «un certo (*certain*) margine di apprezzamento» utilizzato invece assai spesso nella giurisprudenza in materia di libertà civili.

[105] Anche nel caso *Håkansson* c. *Svezia*, sent. 21 febbraio 1990, in *Racc.*, ser. A, vol. 171-A, la Corte ha dimostrato una «esitazione» (così C.H. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 156) nel sindacare le misure adottate dall'autorità nazionale, che in quel caso erano

no adottate dal Parlamento, nei confronti del quale la Corte dimostra di mantenere un atteggiamento reverenziale che si risolve in un ulteriore *self restraint* nel giudizio [106].

In questo aspetti del giudizio della Corte, cioè nel ruolo riservato alla finalità dell'azione statale e nel peso da riconoscersi al tipo di diritto limitato dallo Stato, sembra emergere più chiaramente la distinzione tra dottrina del margine di apprezzamento e dottrina della proporzionalità delle misure adottate: è stato osservato come il primo meccanismo serve ad individuare l'ampiezza della discrezionalità statale nella determinazione dei fini della propria azione, mentre il secondo serve a determinare la legittimità degli strumenti utilizzati dallo Stato per realizzare tali fini [107]. Se può certamente convenirsi con questa ripartizione tra i due meccanismi di giudizio, deve comunque osservarsi che non sempre è semplice distinguere tra fase dell'accertamento del margine di apprezzamento e fase della verifica di proporzionalità (o necessarietà), particolarmente laddove la Corte si limita ad esaltare il «fine» perseguito dallo Stato fino ad ampliare notevolmente la sfera di discrezionalità statale.

c) *Ancora sul giudizio in ordine alla natura del diritto esercitato, alle modalità del suo esercizio ed ai suoi destinatari come criteri di valutazione del margine di apprezzamento statale. L'esempio della giurisprudenza in materia di libertà di espressione del pensiero*

Si è appena accennato a come la Corte utilizzi spesso la natura del diritto con il cui esercizio la pubblica autorità interferisce per trarne elementi in ordine all'ampiezza da riconoscersi al margine di apprezzamento statale. Occorre però altresì rilevare come la Corte si occupi anche di un altro aspetto, intimamente collegato ma non strutturalmente identico rispetto a quello appena accennato, ricavandone anche in questo caso indicazioni in ordine alla collocazione del margine di apprezzamento nel caso concreto.

Si tratta del profilo attinente le modalità di esercizio della libertà che si intendono seguire e soprattutto i destinatari nei cui confronti è esercitata la libertà stessa. Il concetto apparirà più chiaro attingendo qualche esempio giurisprudenziale dall'ampia casistica ormai reperibile in materia di applicazione dell'art. 10 CEDU, dedicato alla libertà di manifestazione del pensiero.

Si è rilevato poco sopra come la libertà di manifestazione del pensiero sia uno di quei diritti che la Corte ha eretto a pietra angolare del sistema convenzionale:

---

consistite in una espropriazione intervenuta pochi anni dopo l'acquisto del bene, a fronte della quale era stato corrisposto un indennizzo notevolmente inferiore al prezzo d'acquisto del fondo.

[106] Caso *Traktörer*, cit., § 93.

[107] E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità*, cit., 70. Nella ricostruzione dell'Autore, la discrezionalità assume quindi una valenza prevalentemente «quantitativa».

nella sentenza *Sunday Times*, infatti, questa libertà (declinata nella sua *species* di libertà di stampa), appare come un diritto insopprimibile se non per esigenze particolarmente pressanti e straordinarie: come si è avuto modo di aggiungere, pare di capire che la libertà di manifestazione del pensiero si collochi in una posizione centrale in quel modello embrionale di «società democratica» che si può in parte desumere dalla giurisprudenza della Corte.

Ma, in non pochi casi, la Corte ha inteso modulare secondo intensità di tutela diversi tipi di esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, a seconda delle modalità concrete con cui tali tipi di esercizio si erano manifestati, dei destinatari dell'esercizio della libertà ed infine del suo contenuto. Un esempio non irrilevante di quest'ultimo profilo – limiti attinenti al contenuto dell'espressione del pensiero – è quello della giurisprudenza europea in materia di blasfemia [108]. Nella nota sentenza *Wingrove* [109] la Corte ha utilizzato alcuni elementi dello strumentario creato nella complessiva evoluzione della dottrina del margine di apprezzamento: in particolare ha ravvisato l'inesistenza di una nozione comune di «protezione dei diritti dei terzi» in relazione alle loro convinzioni religiose. Con affermazioni significativamente simili rispetto a quelle pronunciate dalla Corte in materia di limitazioni ai diritti tese a tutelare la morale [110], la Corte ammette quindi che in materia sussista un margine di apprezzamento molto ampio a disposizione degli Stati.

Già si è accennato alla particolare accezione che assume il margine di apprezzamento nel caso in cui l'espressione del pensiero si concreti nell'esercizio del diritto di critica nei confronti del potere giudiziario: il caso *Sunday Times* ha chiarito come l'oggettività del concetto di «autorità giudiziaria» implichi che il margine di apprezzamento sia estremamente ristretto, ed ampio invece il ruolo della Corte nella valutazione delle misure adottate. Nelle pronunce più recenti, però, la Corte ha sempre ribadito che permane per lo Stato un «certo margine di apprezzamento», che – come subito vedremo – sembra essere certamente più esteso di quanto non sia quello che permane in caso di esercizio del diritto di critica nei confronti degli uomini politici (cfr. ad esempio il caso Barford del 1989 [111]).

---

[108] Come segnala correttamente S.C. PREBENSEN, *The margin of appreciation and articles 9, 10 and 11 of the Convention*, in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 15, la blasfemia è stata trattata dalla Corte secondo modalità diverse rispetto alle altre espressioni di critica e di pensiero, ed in particolare in maniera diversa rispetto al trattamento riservato alla critica politica.

[109] Caso *Wingrove* c. *Regno Unito*, sent. 25 novembre 1996, in *Racc.*, ser. A.

[110] Così S.C. PREBENSEN, *The margin of appreciation*, cit., 15.

[111] Caso *Barford* c. *Danimarca*, sent. 22 febbraio 1989, in *Racc.*, ser. A, vol. 149. Il caso era sollevato da un giornalista danese autore di un articolo in cui criticava una sentenza dell'Alta Corte della Groenlandia avente ad oggetto la decisione del governo groenlandese di sottoporre a tassazione i lavoratori danesi impiegati nelle basi statunitensi. Il test di necessità cui la Corte sottopone la misura statale dà un esito diverso rispetto a quello raggiunto nel caso *Lingens* (che verrà richiamato tra breve): l'esigenza statale del rispetto per l'autorevolezza delle decisioni giurisdizionali non doveva essere messo a bilanciamento con la libertà di cri-

Secondo alcuni, la differenza deve essere ravvisata sia nel particolare ruolo dei giudici nella società (che implica la permanenza perlomeno di un vincolo di fiducia), sia nel fatto che in molti ordinamenti ai giudici sarebbe comunque precluso il diritto di replica, esistendo obblighi di riservatezza e confidenzialità in capo ad essi [112]: quello che è certo è che la Corte riserva alle critiche rivolte al giudiziario un trattamento diverso, ed assai più restrittivo, rispetto alla critica diretta ad altri soggetti [113].

Per ciò che attiene il diritto di critica nei confronti di politici o governanti, la nota sentenza relativa al caso Lingens del 1986 [114] (che peraltro non contiene un richiamo diretto alla dottrina del margine di apprezzamento) ha chiarito che questa modalità di espressione del pensiero è limitabile da parte dello Stato con strumenti che godono di un margine di apprezzamento assai più limitato. Il caso Lingens riguardava un giornalista austriaco che aveva ritenuto violato nei suoi confronti l'art. 10 CEDU in quanto era stato condannato per diffamazione contro l'allora cancelliere austriaco Kreisky, che egli aveva accusato di legami con alcune ex-SS in taluni articoli di stampa. La Corte, in questo caso, ribadì la possibilità di configurare, anche in questo caso, un margine di apprezzamento in capo allo Stato nella limitazione della libertà, ma, nell'esercizio della sua più volte ricordata funzione di supervisione delle misure adottate, le ritenne sproporzionate e non necessarie in una società democratica. In quell'occasione, la Corte ebbe modo di puntualizzare che il diritto di critica politica è proprio il cuore stesso di una società democratica ed il suo baricentro, particolarmente quando espresso attraverso la stampa ed i mezzi di comunicazione che contribuiscono alla circolazione delle idee, e che quindi ogni limitazione di tale diritto deve essere valutata assai attentamente; in quest'ottica, il limite della critica nei confronti dei politici deve intendersi ancora più ampio che nei confronti degli altri cittadini, e correlativamente il margine di ap-

---

tica del giornalista nel quadro di un dibattito politico (con il connesso ampio margine di critica pubblica), in quanto il giornalista stesso aveva ecceduto nel criticare sul piano personale i giudici dell'Alta Corte della Groenlandia. Come rileva R.St.J. MacDonald, *The margin of appreciation* (1990), cit., 110, il punto importante della sentenza sul caso *Barford* è quindi proprio quest'ultimo, cioè la possibilità di limitare il diritto di critica al giudiziario quando esso si risolva in un attacco personale ai giudici, e non invece in un contributo al dibattito generale.

[112] S.C. Prebensen, *The margin of appreciation*, cit., 15.

[113] Sul punto si vedano, altresì, i casi *Prager e Oberschlick* c. *Austria*, sent. 26 aprile 1995, in *Racc.*, ser. A, vol. 313, e *Weber* c. *Svizzera*, sent. 22 maggio 1990, in *Racc.*, ser. A, vol. 177. In entrambi i casi si tratta di sentenze aventi ad oggetto la diffusione di notizie e la espressione di opinioni la cui tutela convenzionale andava a contrastare con investigazioni in corso, o piuttosto con l'autorità del sistema giudiziario. La soluzione finale è diversa nei due casi, ma ciò che interessa è che comunque viene riconosciuto agli Stati un ampio margine di apprezzamento in ordine alle misure idonee a limitare la libertà di espressione del pensiero quando essa entri in contrasto con i citati valori, ritenuti essenziali in una società democratica.

[114] Caso *Ligens*, sent. 8 luglio 1986, in *Racc.*, ser. A, vol. 103.

prezzamento dello Stato per la sua limitazione proporzionalmente più ristretto [115].

Al contrario, un ampio margine di apprezzamento viene riconosciuto dalla Corte agli Stati in materia di messaggi pubblicitari (che rientrano certamente nella libertà di manifestazione del pensiero, oltre che nella libertà di impresa). La Corte, nella sentenza relativa al caso *Markt Intern* del 1989 [116], rigettò il ricorso proposto contro la decisione adottata in Germania dall'autorità della concorrenza (e confermata dalla Corte federale) nei confronti di una impresa editoriale di Dusseldorf, che aveva proibito di pubblicare su un bollettino di informazione commerciale le lamentele di un cliente insoddisfatto dei servizi prestati da una grande azienda. La Corte ritenne che fosse inevitabile il riconoscimento alle autorità nazionali di un margine di apprezzamento nelle questioni di natura commerciale, ed in particolare in quelle che attengono a ipotesi di concorrenza sleale. La Corte, pur riconoscendo l'importanza della libertà di informazione nel campo delle attività di impresa [117], ritenne di non poter sostituire la propria valutazione a quella dei giudici nazionali che hanno ritenuto, sulla base di ragionevoli motivi, necessario limitare tale libertà.

Nel caso *Casado Coca* del 1994 [118] la Corte si è pronunciata sul tema della pub-

---

[115] Nella sentenza sul caso *Ligens*, quindi, la Corte opera un bilanciamento tra il valore tutelato dalla misura oggetto del giudizio (il diritto del soggetto diffamato alla propria onorabilità) da una parte, ed il valore della libertà di espressione e di critica nel quadro di un dibattito politico dall'altra. Quest'ultimo valore risulta prevalente proprio per la particolare «qualità» del diritto invocato, e della sua essenzialità ai fini della ricostruzione del concetto di «società democratica» effettuata dalla Corte.

[116] Caso *Markt Intern Verlag GmbH e Klaus Beerman* c. *Germania*, sent. 20 novembre 1989, in *Racc.*, ser. A, vol. 165.

[117] In un interessante passaggio della sentenza resa sul caso *Markt Intern*, cit., il governo tedesco osserva che la libertà di espressione nel campo della comunicazione commerciale si colloca proprio ai margini della tutela assicurata dall'art. 10 CEDU. La Corte, in linea di principio, disattende questa ricostruzione affermando l'importanza della libertà di manifestazione del pensiero nel citato settore, ma poi consente di configurare un margine statale di apprezzamento nella limitazione del diritto decisamente molto più ampio rispetto a quello riconosciuto in altre applicazioni dell'art. 10. Interessante è la *dissenting opinion* del giudice Pettiti, il quale riconosce anche in questo campo un margine di apprezzamento assai ristretto, e che quindi la legittimazione statale a limitare il diritto può verificarsi solo in casi «estremamente rari».

[118] Caso *Casado Coca* c. *Spagna*, sent. 24 febbraio 1994, in *Racc.*, ser. A, vol. 285-A. L'Avvocato Pablo Casado Coca aveva effettuato numerose inserzioni in giornali e riviste spagnole per pubblicizzare la propria attività e proporre i propri servizi. Ciò aveva comportato la reazione dell'Ordine professionale di Barcellona, cui l'istante apparteneva, che gli aveva comminato le sanzioni previste dall'ordinamento spagnolo (nella specie, un «avvertimento scritto»). Anche in questo caso il governo convenuto aveva voluto qualificare il comportamento dell'istante non in termini di espressione del pensiero ma di «semplice pubblicità», estranea all'oggetto dell'art. 10 CEDU: la Corte respinge peraltro questa impostazione, facendo assurgere la pubblicità commerciale alla sfera protetta dall'art. 10. Ciò premesso, la Corte rileva comunque che permane un certo margine di apprezzamento in capo allo Stato in ordine ai limiti cui sottoporre questa accezione della libertà di manifestazione del pensiero.

blicità delle professioni legali e dei relativi limiti imposti dallo Stato per garantire la concorrenza tra avvocati, la tutela dei potenziali clienti ed il prestigio della professione, ed ha riconosciuto che la disomogeneità delle concezioni nazionali in materia di pratiche commerciali relative alla pubblicità della professione di avvocato – l'assenza, quindi, di un *consensus standard* europeo – implica che gli Stati possano decidere di limitare questa particolare modalità di espressione del pensiero per motivi che possano essere compatibili con una società democratica, come per esempio, espressamente, la tutela della concorrenza.

Talvolta non è semplice distinguere quale aspetto della libertà di manifestazione del pensiero viene tutelato di volta in volta, e la Corte è quindi chiamata in prima battuta a qualificare il tipo di manifestazione del pensiero: la scelta non è indifferente, come si è visto, in quanto ad un diverso tipo di manfestazione del pensiero corrisponde una diversa ampiezza del margine di apprezzamento statale. Nel caso *Autronic AG* del 1990 [119], ad esempio, vi era una disparità di vedute tra soggetto istante e governo convenuto in ordine alla natura del diritto fatto valere in giudizio davanti alla Corte, se cioè si trattasse del diritto alla manifestazione del pensiero nel suo senso tipico di posizione giuridica atta a diffondere idee, notizie ed opinioni, od invece una mera attività strumentale alla promozione commerciale, non tutelata dall'art. 10 CEDU. Il problema era quello di qualificare l'attività di ritrasmissione sul territorio svizzero del segnale di un satellite sovietico, svolta dalla società ricorrente. La Corte stabilisce che né la natura commerciale della società ricorrente né il tipo di attività da essa svolta impediscono di qualificare la ritrasmissione di una fonte informativa sul territorio di un altro paese in termini diversi rispetto all'esercizio del diritto di manifestazione del pensiero; ciò premesso qualifica le interferenze stabilite dalle autorità svizzere in termini di non necessarietà in una società democratica [120].

d) *I casi* Belgian linguistic minorities, Marckx, Rasmussen, Abdulaziz, *ecc.: art. 14 CEDU e margine di apprezzamento. La evoluzione della giurisprudenza sul divieto di discriminazione: l'introduzione di un giudizio di «ragionevolezza» tra* consensus standard *e interpretazione autonoma-oggettiva della CEDU*

Particolarmente interessante e rilevante, nel quadro della ricostruzione del significato della dottrina del margine di apprezzamento, appare la giurisprudenza della Corte europea in materia di applicazione del divieto di discriminazione, sta-

[119] Caso *Autronic AG* c. *Svizzera*, sent. 22 maggio 1990, in *Racc.*, ser. A, vol. 178.

[120] Il governo svizzero, oltre all'eccezione preliminare in ordine alla tutela accordata dall'art. 10 CEDU alla situazione di specie, sosteneva altresì che le misure di limitazione dell'attività della società ricorrente erano motivate dalla necessità di evitare una situazione di «disordine» nell'etere da un lato, e dall'altro la necessità di impedire che attraverso la attività della ricorrente potessero essere rivelate notizie riservate.

bilito nel sistema convenzionale dall'art. 14 CEDU. Il *leading-case* in questo settore, in fatti, ha dato luogo ad una delle pronunce che con maggior impegno teorico contribuiscono all'opera di ricostruzione complessiva della portata del suddetto rilievo alla luce del margine di apprezzamento che deve essere riconosciuto alle autorità nazionali dell'istituto che ci si ripropone di svolgere qui brevemente.

Il caso *Belgian linguistic minorities* del 1968 [121] prendeva le mosse dalla circostanza che i cittadini belgi francofoni residenti in zona fiamminga non disponevano, nelle scuole di quella parte del paese, di alcun insegnamento della propria lingua: ciò avrebbe configurato una illegittima discriminazione secondo il criterio dell'art. 14 CEDU. La Corte, nella motivazione della sentenza, innanzitutto prende le distanze dall'origine stessa della dottrina del margine di apprezzamento, cioè la situazione emergenziale *ex* art. 15; in questo caso la Corte ravvisa la necessità di assicurare allo Stato un margine di apprezzamento sulla base della constatazione che alcune norme convenzionali non si prestano ad una applicazione diretta, ma necessitano invece di una attività interpretativa, risolvendosi in clausole o espressioni il cui significato non è immediatamente evidente, o comunque non è condiviso nella sua portata da tutti gli ordinamenti degli Stati membri. Questa diversità interpretativa, secondo la Corte, lungi dall'essere controproducente per l'applicazione della Convenzione, deve essere conservata nella misura in cui non si risolva effettivamente in una discriminazione vietata ai sensi dell'art. 14.

Per garantire la sopravvivenza di queste differenze, non si può che riconoscere ai singoli Stati la disponibilità di un certo margine di apprezzamento che consenta loro di adattare la disciplina convenzionale alle proprie esigenze giuridiche, sociali, culturali, politiche. Su queste scelte, ancora una volta, giudica la Corte, che certamente non può sostituirsi agli Stati che sono chiamati in prima battuta ad effettuarle, ma che ha il potere-dovere di verificare che tali scelte siano effettivamente conformi alle norme convenzionali, e che si siano limitate all'interno del margine di apprezzamento sopra individuato, senza eccederlo.

Nella sentenza *Belgian linguistic*, poi, la Corte dà una compiuta definizione di quale sia il principale suo strumento di giudizio sulle misure adottate dagli Stati, al fine di verificare la loro eventuale discriminatorietà. Ebbene, tale strumento è sostanzialmente un test di ragionevolezza e di proporzionalità (la Corte parla di «*ragionevole rapporto di proporzionalità*» tra i mezzi impiegati e gli obiettivi che la misura si propone di raggiungere). La Corte, infatti, individua tre elementi la cui presenza dà luogo ad una discriminazione illegittima: (a) la differenziazione tra persone (o gruppi) tutti nella medesima situazione o condizione, (b) la carenza di una adeguata e ragionevole giustificazione di tale differenziazione (e questo è il giudizio di ragionevolezza), ed infine (c) la sproporzione tra obiettivo perseguito e mezzi utilizzati (e questo è il giudizio di proporzionalità).

---

[121] Caso *Belgian linguistic*, sent. 23 luglio 1968, in *Racc.*, ser. A, vol. 6.

Anche nella giurisprudenza sulla clausole discriminatorie la Corte ha inteso richiamare, nella definizione dell'ampiezza del margine di apprezzamento, alcuni aspetti delle proprie pronunce in altre materie (particolarmente in materia di tutela delle libertà civili): in questo senso deve essere inteso il riferimento che nel caso *Rasmussen* [122] viene fatto – e successivamente verrà ripetuto praticamente in tutte le pronunce *ex* art. 14 CEDU – al «*common ground*» tra le legislazioni degli Stati: più certo e chiaro è questo terreno comune, più ristretto sarà il ruolo del margine di apprezzamento (come nel caso *Engel* [123], o come nel caso *Abdulaziz, Cabales e Balkadali* [124]), pronto peraltro a riespandersi laddove le legislazioni abbiano pochi punti in comune (come nel caso *Rasmussen* [125]). Sia nel linguaggio che nelle sue concrete conseguenze, il richiamo al terreno comune ai singoli Stati evoca il frequente riferimento che la Corte effettua al *consensus standard* in materia di interpretazione delle clausole di interferenza all'esercizio delle libertà civili.

Anche in questo caso, quindi, tende ad affermarsi nella giurisprudenza della Corte un concetto di «non discriminazione» che inizialmente trae linfa da quelle che – con termine mutuato al diritto comunitario – potremmo chiamare tradizioni comuni degli Stati membri; alcune indicazioni, peraltro, sembrano traccia-

---

[122] Caso *Rasmussen* c. *Danimarca*, sent. 28 novembre 1984, in *Racc.*, ser. A, vol. 87. Un cittadino danese divorziato lamentava che la legislazione del suo paese imponesse un termine di decadenza per l'azione di disconoscimento di paternità quando ad introdurla fosse il marito. Questa circostanza avrebbe comportato, secondo il ricorrente, una discriminazione basata sul sesso, di cui lui stesso era rimasto vittima, essendo ormai decaduto dal diritto di introdurre il giudizio di disconoscimento del figlio nato in costanza di matrimonio.

[123] Caso *Engel*, sent. 8 giugno 1976, in *Racc.*, ser. A, vol. 22. In questo caso la Corte ha respinto il ricorso volto ad ottenere la declaratoria di violazione dell'art. 14 da parte della disciplina olandese che prevedeva differenti sanzioni per i soldati a seconda della loro qualifica. La Corte ha ritenuto che disparità del genere sono frequenti tra gli stati contraenti e tollerati dalla disciplina internazionale. Di conseguenza la Corte ha ritenuto che in materia la CEDU consente alle autorità nazionali un considerevole margine di apprezzamento.

[124] Caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* c. *Regno Unito*, sent. 28 maggio 1985, in *Racc.*, ser. A, vol. 94. Il caso di specie riguardava le regole in materia di immigrazione che, con riguardo alla ricongiunzione del nucleo familiare, dettavano regole più favorevoli per i soggetti di sesso maschile piuttosto che per quelli di sesso femminile. Qui la Corte ha ritenuto che tra gli stati contraenti sussiste ormai un consenso circa la illegittimità di discriminazioni legate al sesso, anche nel settore dell'immigrazione, e che quindi soltanto ragioni particolarmente pressanti potrebbero giustificare una discriminazione tra uomini e donne nel campo dell'immigrazione.

[125] Nella sentenza relativa al caso *Rasmussen* può leggersi una interessante affermazione in ordine alla valenza ed alla portata della dottrina del margine di apprezzamento: «lo scopo del margine di apprezzamento varierà a seconda delle circostanze, delle materie oggetto del giudizio e del retroterra». Secondo C.H. YOUROW, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 166, questa affermazione conferma in maniera evidente la «flessibilità» della dottrina del margine di apprezzamento, della quale si è detto *supra*.

re anche in questo settore una linea di sviluppo simile a quella che è sembrato di intuire nel settore della tutela delle libertà civili, e cioè una certa tendenza della Corte a prescindere talvolta dalla ricerca del «*common ground*» delle legislazioni nazionali, per elaborare essa stessa i criteri sulla base dei quali giudicare della ammissibilità della discriminazione, secondo parametri molto rigorosi e con un margine di apprezzamento più ristretto.

Un fenomeno di questo genere sembra leggibile nel caso *Marckx* [126], in cui la Corte non esita a dichiarare la violazione dell'art. 14 CEDU da parte della legge belga che in materia di successioni ereditarie discriminava i figli naturali rispetto ai figli legittimi; qui la Corte prescinde da qualsivoglia riferimento ad un margine di apprezzamento statale, pur riconoscendo che tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa esiste ormai un consenso comune – tra l'altro confermato dalla elaborazione di due convenzioni internazionali in materia – circa il riconoscimento giuridico della parità tra figli legittimi e naturali. La decisione è infatti basata esclusivamente sulla constatazione che la permanenza della discriminazione tra figli legittimi e figli naturali è «priva di un oggettivo e ragionevole motivo». Ed ancora, nel caso *Hoffmann* la Corte ritiene *tout court* discriminatoria una distinzione basata sulla religione professata, senza interrogarsi in maniera approfondita sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità della misura.

In casi come questi – che comunque convivono con casi risolti secondo criteri più «classici» – la Corte sembra propendere per una interpretazione in qualche misura autonoma ed evolutiva della Convenzione, restringendo in maniera consistente il margine di apprezzamento statale. Occorre peraltro segnalare che in questi casi, a voler ragionare secondo i criteri del *consensus standard* elaborati dalla Corte, sarebbe stata comunque ravvisabile l'esistenza di uno *standard* comune nel riconoscimento del principio di eguaglianza tra i figli e nel divieto di discriminazioni religiose, tali da rendere in ogni caso assai limitato il margine di apprezzamento riconoscibile alle autorità nazionali, per cui la scelta della Corte di addivenire ad una interpretazione maggiormente «autonoma» della Convenzione non appare aver mutato sostanzialmente i termini del giudizio.

5. Considerazioni d'insieme sulla nozione di margine di apprezzamento, come emerge dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Il sintetico *excursus* giurisprudenziale che si è condotto non consente ancora di tracciare un quadro preciso della dottrina del margine di apprezzamento. La sua ricostruzione in termini unitari, infatti, è resa problematica dalla peculiarità

[126] Caso *Marckx* c. *Belgio*, sent. 13 giugno 1979, in *Racc.*, ser. A, vol. 31.

dell'art. 15 CEDU e dalla politicità delle scelte relative alla applicazione di tale norma da un lato, dalla eterogeneità delle altre disposizioni e dalle peculiarità delle fattispecie in cui la dottrina in esame ha trovato applicazione, dall'altra parte. Tutto questo ha comportato, come si visto, una applicazione secondo moduli non sempre omogenei.

In effetti, nonostante vi siano sul punto anche diverse opinioni, la dottrina del margine di apprezzamento come elaborata nell'applicazione dell'art. 15 CEDU presenta alcune sostanziali differenze rispetto a quella elaborata nell'applicazione di altre norme convenzionali. La diversa struttura normativa (che delinea nel primo caso una ipotesi di deroga e negli altri ipotesi di mera interferenza rispetto ai diritti di libertà convenzionali) induce a ritenere che fra le due accezioni del margine statale di apprezzamento vi sia una certa differenza; nel caso del margine riconosciuto agli Stati nel quadro dell'applicazione dell'art. 15, infatti, il parametro da utilizzare per la Corte è, per così dire, esclusivamente «interno» alla situazione di specie, cioè la «stretta necessità» della misura adottata a far fronte ad una situazione di emergenza la cui ricorrenza in concreto la Corte non ha peraltro mai voluto sindacare. Negli altri casi, invece, sembra che il parametro sia in qualche modo «esterno» rispetto alla situazione di specie, configurandosi da un lato come «fine» perseguito dallo Stato e dall'altro come un concetto («misura necessaria in una società democratica») di difficile definizione, e sicuramente in qualche misura collegato al concetto di «società democratica» elaborato dai giudici di Strasburgo.

Ciò premesso, deve comunque osservarsi che la dottrina del margine di apprezzamento statale risponde in ogni caso ed in tutte le sue applicazioni ad una esigenza analoga, cioè quella di individuare una linea di demarcazione tra sfera riservata alla competenza degli Stati e sfera sulla quale può esercitarsi un controllo da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In questo quadro, occorre ulteriormente distinguere dal margine di apprezzamento vero e proprio i vari strumenti utilizzati dalla Corte, una volta individuata tale linea di demarcazione, per verificare la legittimità delle misure statali alla luce della CEDU: in particolare occorre distinguere tra margine di apprezzamento, da una parte, e criteri di interpretazione giurisdizionale della fattispecie quali la ragionevolezza o la proporzionalità della misura statale, dall'altra parte. Deve peraltro riconoscersi che in molte decisioni della Corte, così come nelle ricostruzioni di alcuni autori, questa distinzione non emerge con particolare nettezza: la Corte utilizza talvolta un linguaggio analogo sia quando applica il margine di apprezzamento statale, sia quando giudica in ordine alla proporzionalità ed alla ragionevolezza delle misure statali comportanti interferenze con le disposizioni convenzionali; in particolare, il richiamo al concetto di proporzionalità appare costante nelle decisioni delle Corte, e ricorrente anche quando la Corte stessa applica la dottrina del margine di apprezzamento. Alcuni autori, da parte loro, hanno interpretato la dottrina del margine di apprezzamento come uno strumento essenzialmente interpretativo della Corte, necessario sostanzialmente per «riempire» di contenuto le disposizioni convenzionali

vaghe e non immediatamente applicabili nel loro contenuto precettivo [127].

La dottrina del margine di apprezzamento, a nostro parere, deve invece essere distinta dai criteri prettamente interpretativi della ragionevolezza e della proporzionalità. Essa, infatti, non delinea un criterio interpretativo a disposizione della Corte per dare attuazione alle disposizioni della CEDU, ma è utilizzata dalla Corte stessa per delimitare il proprio campo d'azione in ordine all'applicazione della Convenzione. Ciò che rientra nel margine di apprezzamento statale, in altre parole, non è oggetto del giudizio della Corte, mentre al di fuori di tale margine di apprezzamento la Corte può valutare le misure statali, secondo il parametro stabilito dalle norme della CEDU, ed attraverso i canoni interpretativi – tipici della funzione giurisdizionale – che essa ha autonomamente elaborato nell'applicazione della Convenzione stessa: fra tali canoni, ovviamente, emergono con particolare rilievo quello della proporzionalità e quello della ragionevolezza. Essi, quindi, si collocano in un momento logicamente e giuridicamente successivo rispetto all'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento statale: quando la dottrina non possa essere applicata – e quindi quando la misura statale risulti estranea ed eccedente il margine di apprezzamento – la Corte può valutarne la ragionevolezza e la proporzionalità alla luce della Convenzione.

La distinzione tra applicazione della dottrina del margine di apprezzamento e utilizzazione dei canoni ermeneutici-interpretativi della ragionevolezza e della proporzionalità sottolinea un altro aspetto, che non può essere trascurato nella presente trattazione. L'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, infatti, appare come un meccanismo che limita l'operato della Corte, preservando dal suo giudizio alcuni aspetti dell'attività degli Stati che si ritiene di dover escludere dalla verifica giurisdizionale sovranazionale in quanto particolarmente intrisi di valutazioni politiche (necessariamente nazionali), o comunque strettamente connessi a profili attinenti la valutazione di valori delicati ed essenziali per la vita degli Stati. Per certi versi – e con le dovute cautele che derivano dall'accostamento tra ordinamento nazionale ed ordinamenti sovranazionali – questo meccanismo ricorda quello esplicitato nell'art. 28 della l. n. 87/1953 per la Corte costituzionale italiana, laddove si stabilisce che il controllo di legittimità della Corte costituzionale sulla legge «*esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*». In entrambe le ipotesi, infatti, il potere delle Corti appare limitato *ab origine* dalla discrezionalità degli organi politici, e ciò per effetto di una espressa disposizione normativa nel caso della Corte costituzionale, e per effetto della dottrina del margine di apprezzamento nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo. Questo parallelismo, peraltro, sembra potersi spingere ancora più avanti, sul terreno delle tensioni verso il superamento del limite all'intervento delle Corti: mentre la Corte costituzionale utilizza lo strumento del giudizio sulla ragionevolezza per penetrare a

[127] R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale*, cit., 597.

volte profondamente nel merito delle scelte legislative, la Corte europea si è dimostrata talvolta pronta a rendere più «flessibile» l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento statale, in modo da rendere possibile un proprio intervento su particolari misure adottate dagli Stati.

Per verificare la concezione della dottrina del margine di apprezzamento che qui si propone in relazione alla giurisprudenza della Corte europea, deve osservarsi che la finalità della dottrina del margine di apprezzamento elaborata dalla Corte europea, concepita in termini di tecnica di delimitazione dell'operatività della Corte stessa in relazione alle misure nazionali costituenti interferenze o limitazioni dei diritti CEDU, trova in primo luogo una sua chiara applicazione nella giurisprudenza sull'art. 15 CEDU: nei casi originati dall'applicazione di questa disposizione, infatti, la Corte rimette allo Stato il potere di stabilire se sussiste o meno la situazione di emergenza tale da giustificare l'attivazione della deroga alle disposizioni convenzionali, in ragione della *better position* da esso vantata in relazione alla situazione di specie, e quindi si astiene dalla valutazione delle misure statali che ritiene rientrino nel citato margine.

Ma questa impostazione è ravvisabile in tutte le decisioni della Corte europea, anche quelle che hanno ad oggetto disposizioni della CEDU diverse dall'art. 15: in questi altri numerosissimi ed eterogenei casi, infatti, la tecnica di delimitazione dell'ambito di operatività della Corte europea si caratterizza principalmente nella selezione dei parametri di giudizio in base dell'esistenza o meno di un sufficiente consenso da parte degli Stati contraenti. La conformità o meno delle misure nazionali impugnate rispetto a tali parametri viene poi giudicata secondo i consueti criteri di giudizio, tipici della funzione giurisdizionale, sull'applicazione dei quali influiscono come si è visto vari fattori, quali l'importanza del diritto in gioco, la proporzionalità della misura, la sua ragionevolezza.

Cercando di trarre gli elementi più interessanti dall'esame giurisprudenziale che si è cercato di condurre, e premettendo che, come si è anticipato, non è semplice ridurre ad unità una dottrina la cui applicazione – ancorché costante – appare non sempre omogenea, deve osservarsi che il punto di maggiore interesse sembra essere proprio quello del collegamento della sfera di discrezionalità statale con l'esistenza (o l'inesistenza) di *standard* europei [128]. Il riferimento agli *standard* europei consente infatti da un lato alla Corte di mantenere una certa *flessibilità* della propria giurisprudenza, selezionando – talvolta pragmaticamente – le situazioni in cui la presenza di un diffuso consenso in ordine allo *standard* europeo di tutela limita il margine di apprezzamento e consente un intervento incisivo, e dall'altro consente all'interprete di valutare in termini non solo ricognitivo-interpretativi ma anche propositivo-promozionali l'utilizzazione della dottrina del margine di apprezzamento.

È infatti certamente vero che la dottrina del margine di apprezzamento ha consentito alla Corte di evitare di entrare in contrasto con alcuni Paesi, evitando

[128] R.St.J. MacDonald, *The principle of proportionality*, cit., 84.

di colpire alcune misure in settori particolarmente delicati; ma questo aspetto apparentemente limitativo, si risolve a ben vedere anche in un profilo di forza della dottrina del margine di apprezzamento. Al di là di alcuni aspetti effettivamente reverenziali nei confronti delle misure statali talvolta presenti nella giurisprudenza della Corte europea, infatti, il rispetto del margine di apprezzamento statale – per le modalità con le quali esso è elaborato dalla Corte – può avere come risultato la creazione di uno strumento utile nella prospettiva della creazione graduale di un quadro uniforme europeo di protezione dei diritti.

Ciò non significa, ovviamente, che mediante la dottrina del margine di apprezzamento la Corte possa sottrarsi al proprio compito che comporta il rispetto della diversità che esistono tra i paesi contraenti [129], come meglio vedremo *infra*. Non si può omettere di ricordare che la sussidiarietà della Convenzione e la sua natura di strumento del diritto internazionale implicano che il sistema di tutela assicurato dalla Convenzione stessa debba «convivere» con i differenti sistemi di tutela elaborati dai singoli Stati [130]: ed anzi, la stessa Corte ha rilevato che sono gli Stati stessi, in prima battuta, a garantire che il sistema di protezione dei diritti sia effettivamente attuato [131]. Ma questa circostanza, al tempo stesso, da un lato non implica che la sussidiarietà del sistema convenzionale attribuisca comunque un margine di apprezzamento indefinito agli Stati [132], e dall'altro non esclude che la Corte stessa possa utilizzare l'attività di ricognizione del livello di affermazione di *standard* europei di tutela dei diritti (elemento, quest'ultimo, che abbiamo visto essere centrale nella dottrina del margine di apprezzamento) anche per svolgere un'attività che le consenta di promuovere aspetti comuni della tutela dei diritti dell'uomo a livello europeo. Questa tendenza appare poi potenziata laddove la Corte mostra di superare il problema della ricognizione degli *standard*, per affermare direttamente la violazione della Convenzione, in ragione della particolare tutela che deve essere riconosciuta a certi diritti [133]. Sembra opportuno osservare che, con questo tipo di decisione, la Corte supera – oltre alla verifica del *consen-*

---

[129] Questo è il sospetto che anima le osservazioni di R.St.J. MacDonald, *The principle of proportionality*, cit., 85.

[130] J. Schokkenbroek, *The basis, nature and application*, cit., 35 indica come il margine di apprezzamento non sia che il riflesso della distribuzione di poteri fra Stati contraenti e organi di controllo della Convenzione.

[131] P. Mahoney, *Marvellous richness of diversity*, cit., 2. Come rileva l'Autore, la CEDU non prescrive dettagliate norme di condotta, ma stabilisce uno standard di tutela dei diritti, alla cui effettiva realizzazione non possono che essere chiamati gli Stati contraenti.

[132] E. Kastanas, *Unité et diversité*, cit., 303.

[133] Come rileva T.A. O'Donnell, *The margin of appreciation doctrine*, cit., 484, talvolta la Corte sembra qualificare «istintivamente» certi diritti come «più fondamentali» di altri alla stregua della propria concezione di società democratica. L'Autore segnala anche alcuni rari casi in cui la Corte sostiene che la stessa analisi testuale di talune disposizioni convenzionali impedisce che debba essere riconosciuto un ampio margine di apprezzamento.

sus standard – anche l'altro aspetto che abbiamo visto essere normalmente coessenziale alla dottrina del margine di apprezzamento, cioè la constatazione che le autorità nazionali godrebbero della nota *better position* rispetto al giudice internazionale [134].

Il margine di apprezzamento, quindi, è sì un elemento di flessibilità, ma che vale nei due sensi: sia per gli Stati sia per la Corte. Per gli Stati perché li rassicura sulla possibilità di perseguire, con gli strumenti adeguati, gli scopi che essi ritengono necessari per la tutela degli interessi pubblici che essi intendono far valere. Per la Corte, perché le attribuisce uno strumento che può essere più o meno incisivo a seconda dell'ampiezza del margine riconosciuto allo Stato.

Quando le misure statali non rientrino nel margine di apprezzamento statale, inoltre, i criteri ermeneutici utilizzati dalla Corte europea per valutare le misure statali possono dare luogo ad alcune linee di tendenza che riconoscono alla Corte stessa una certa autonomia interpretativa della Convenzione, alla stregua di un concetto-parametro di «società democratica» che non è più mutuato direttamente e pedissequamente dall'esperienza statale, ma che sembra assumere una sua identità autonoma proprio attraverso la continua modellazione che ne fa la giurisprudenza europea. In un tale contesto – successivo, lo si ripete, all'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento – si comprendono meglio quelle sentenze in cui la Corte ha trascurato di confermare il suo consueto e tralaticio orientamento per cui gli Stati sono in prima battuta meglio posizionati per adottare le misure adeguate alla situazione, e ha dichiarato la violazione di norme convenzionali direttamente sulla base dei diritti convenzionali.

6. La portata della dottrina del margine di apprezzamento nel quadro della tutela internazionale dei diritti dell'uomo

L'esame sopra svolto in ordine alla applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, e la sua ricostruzione in termini di tecnica di delimitazione dell'intervento della Corte europea sulle misure nazionali, induce ad alcune ulteriori considerazioni, anche nella prospettiva di questo convegno, cioè nella prospettiva del rapporto tra diverse Carte dei diritti e diverse Corti – interne, internazionali e sovranazionali – preposte a giudicare sul loro rispetto.

Il significato della dottrina del margine di apprezzamento, e l'insegnamento che si può trarre dalla sua applicazione, è innanzitutto quello per cui una Carta dei diritti sovranazionale – come in una certa misura era ed è anche la CEDU, pur nella sua natura di «minimo comune denominatore» in materia di diritti fra

[134] E. Kastanas, *Unité et diversité*, cit., 304, osserva come in certi casi le autorità interne, lungi dall'essere «meglio piazzate» rispetto al giudice nazionale, sono invece più soggette alle pressioni dei gruppi politici e sociali di maggioranza.

gli Stati membri – non può efficacemente essere imposta «dall'alto». Laddove infatti ci si proponga di tutelare i diritti dell'uomo a livello superiore rispetto a quello nazionale, permane infatti sempre la necessità di riconoscere le peculiarità degli Stati membri, le esigenze derivanti da particolari situazioni di emergenza o di ordine pubblico, le differenze sul piano religioso, sociale, culturale ed economico.

Sotto questo profilo del bilanciamento tra uniformità della tutela dei diritti e riconoscimento delle specificità nazionali, la CEDU e la tutela dei diritti nel quadro dell'Unione europea hanno seguito inizialmente due strade profondamente diverse nelle modalità di applicazione, ma relativamente convergenti quanto alla soluzione data a tale bilanciamento. La prima è nata come una Carta scritta, la seconda è nata per via sostanzialmente giurisprudenziale, attraverso il riconoscimento dell'esistenza di tradizioni costituzionali comuni, delle quali la stessa Carta dei diritti di Nizza compie dichiaratamente solo una ricognizione (o almeno tale era il mandato della redazione della Carta secondo il Consiglio di Colonia che lo commissionò alla Convenzione nel 1999). Ma l'apertura alle peculiarità degli Stati, che appare evidente nel processo di formazione dei diritti tutelati nel quadro dell'Unione europea, emerge altresì con chiarezza nel campo dei diritti tutelati dalla CEDU attraverso il differente metodo dell'affermazione della dottrina del margine di apprezzamento.

Tutte le Carte dei diritti, come del resto tutte le Carte costituzionali degli Stati, sono suscettibili di interpretazioni diverse, e diversi sono anche i criteri interpretativi astrattamente utilizzabili dagli organi chiamati per garantirne il rispetto. La vicenda della dottrina del margine di apprezzamento statale sembra indicare la necessità di tenere conto del metodo «storico», ovvero la necessaria apertura del diritto alle vicende della vita, alla evoluzione della prassi e alle concrete modalità con cui i rapporti si svolgono nei diversi Stati, ed infine al modo con cui tali rapporti sono riguardati – in quel momento storico – dagli Stati stessi, e la necessità che le Carte dei diritti non vengano ideate ed applicate solo in chiave strettamente positivistica.

La necessaria apertura alle vicende della vita, al mondo dei valori ed all'esperienza economica, sociale e culturale sottostante alla stessa affermazione delle Carte dei diritti, è peraltro ancora più evidente in una Carta internazionale dei diritti. L'esperienza dell'applicazione del margine di applicazione statale dimostra che sarebbe assai difficile, per un giudice internazionale, applicare automaticamente e meccanicamente la propria interpretazione dei diritti agli Stati membri, senza tener conto delle peculiarità e delle esigenze di questi, che d'altro canto in linea di principio le interpretano meglio di qualunque altro soggetto. La creazione di una Carta internazionale dei diritti dell'uomo – ed ovviamente (e soprattutto) la sua interpretazione ed applicazione – per essere efficace anche al punto di vista promozionale dei diritti (e non solo sotto il profilo della tutela dei medesimi) deve quindi riflettere convinzioni e *standard* comunemente accettati nell'ambito dei soggetti cui sarà applicata la Carta dei diritti stessa.

Certamente una Carta dei diritti può avere anche una funzione pedagogica, nel senso di fornire indicazioni di valore che verranno recepite solo successivamente, e con processi eventualmente delicati e complessi, dagli Stati membri che ancora non sono conformati a quei valori. Ma queste indicazioni di valore, per poter diventare effettive, dovranno trovare accoglienza ed essere condivise dai soggetti tenuti ad osservarle. La questione è tanto più delicata nei rapporti tra gli Stati. Ovviamente esiste un *communis sentire* circa il riconoscimento dei diritti dell'uomo tra gli Stati membri del Consiglio d'Europa in ordine ai principali diritti. Nessun Paese mette in discussione la necessità di rispettare, in assoluto, il diritto di associazione o il diritto alla manifestazione del pensiero: il problema nasce dalla applicazione delle clausole generali che per mettono limitazioni a questi diritti. I concetti di «morale» o di «autonomia del potere giudiziario», la ricorrenza di situazioni di «emergenza», il richiamo all'«ordine pubblico», possono dare luogo a diverse interpretazioni. Proprio da questa radice, da questa comune necessità di riconoscere la *better position* delle autorità statali, di non sostituire il proprio concetto di «morale» o «ordine pubblico» a quelli elaborati ed applicati da una determinata popolazione in un determinato momento storico, emerge l'istanza di elaborare meccanismi di tutela giurisdizionale di tali esigenze: si pensi, per tornare ad alcuni *leading cases* sopra descritti, a come la Corte abbia deciso di pronunciarsi nel caso *Hanyside* – in cui la Corte ha individuato l'assenza di un concetto comune di «morale», e quindi una notevole ampiezza del margine di apprezzamento statale – e nel caso *Sunday Times* – in cui l'assenza di un consenso unanime tra gli Stati sul concetto di «autonomia del potere giudiziario» ha consentito alla Corte di qualificare in termini più ridotti il margine di apprezzamento da rispettare.

Il rischio di una «imposizione» di Carte dei valori e di una «imposizione» dei relativi valori dall'alto, potrebbe essere quello di una spaccatura all'interno della compagine di Stati nei quali la Carta dei diritti dovrebbe trovare applicazione. Non si nega che in certi casi l'effetto traumatico di questa possibile spaccatura potrebbe avere paradossalmente effetti positivi (si pensi, ad esempio, alle evidenti «forzature» politiche che caratterizzarono il caso del Colonnelli greci, ed alle conseguenze che tale caso comportò), ma non si può non sottolineare come in altri casi l'applicazione di valori non percepiti come propri dagli Stati possa portare ad esiti maggiormente negativi, tali addirittura da poter compromettere la tenuta complessiva del sistema.

Questa tensione tra protezione uniforme dei diritti dell'uomo e riconoscimento delle diversità nazionali è anche alla base del «cammino comunitario» che ha portato alla creazione della Carta dei diritti dell'Unione europea. Il processo di formazione giurisprudenziale dei diritti «comunitari» attraverso la loro «estrazione» dalle tradizioni costituzionali comuni, ha certamente contribuito a temperare questa tensione, riconoscendo agli Stati le proprie specificità ed alcune delle proprie peculiarità. A partire dalla approvazione della Carta di Nizza e con le sue prime utilizzazioni, anche a voler prescindere dal dibattito sempre acceso in ordine alla sua efficacia giuridica ed alle sua potenzialità di applicazione o di

integrazione nei Trattati, occorrerà verificare in che termini la Carta saprà o vorrà imporsi, oltre che alle istituzioni comunitarie, anche alle misure adottate dai singoli Stati membri.

Non si può non osservare, in questa prospettiva, che la stessa struttura normativa di molte delle disposizioni della Carta di Nizza – che proclamano il contenuto dei diritti senza individuare preventivamente i profili di possibile interferenza o deroga – si presta in astratto ad una applicazione che potrebbe essere alternativamente molto aperta o molto chiusa rispetto alle esperienze nazionali. L'esperienza della dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo insegna che, perlomeno in una prospettiva ancora non federale dell'Unione europea, la Carta dei diritti e gli organi che saranno chiamati a darne applicazione, non potranno tentare di «imporsi» trascurando di tenere in debito conto le esigenze sottese alle misure adottate dagli Stati, senza rischiare effetti traumatici e potenzialmente negativi per l'intero sistema in cui sono collocati: il richiamo effettuato dalla Carta di Nizza alla «portata dei diritti», da mutuarsi dalla CEDU e dalla sua interpretazione, sembra peraltro proprio alludere al riconoscimento di questa esigenza e di questa necessità.

GIUDICI COMUNI E CORTI SOVRANAZIONALI: RAPPORTI TRA SISTEMI

LAURA MONTANARI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Caratteri dei due sistemi. – 3. La posizione dei giudici comuni. – 4. I giudici comuni e la Corte di Strasburgo. – 5. I giudici comuni e la Corte di Lussemburgo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. PREMESSA

L'epoca attuale è caratterizzata da un significativo processo di attrazione a livello internazionale o sovranazionale di decisioni che interessano aspetti fondamentali dell'esercizio della sovranità. Al di là dei fenomeni legati al processo di globalizzazione, dove in un certo senso è la realtà stessa che preme per l'individuazione di nuove forme di regolazione, si vuole qui fare riferimento a quelle speciali modalità di cooperazione (o di integrazione) internazionale che si distaccano dai modelli classici di organizzazione delle relazioni interstatuali. Nel panorama internazionale attuale, infatti, com'è notissimo, accanto alle forme tradizionali di organizzazione della collaborazione tra Stati in determinati ambiti materiali attraverso accordi, si riscontrano, da un lato, forme di più stretta cooperazione intergovernativa (il fenomeno delle organizzazioni internazionali), e, dall'altro, processi di integrazione sovranazionale particolarmente stringenti, com'è nel caso dell'Unione europea. E fra questi estremi si collocano quei peculiari strumenti del diritto internazionale – in particolare le Carte regionali sui diritti umani – che, pur rimanendo nell'alveo della cooperazione intergovernativa, sono caratterizzati dalla presenza di organi giurisdizionali sovranazionali chiamati a giudicare degli eventuali comportamenti lesivi degli Stati, anche su ricorso diretto dei singoli.

In Europa assumono specifico rilievo in quest'ottica l'Unione europea – e in particolare, per gli aspetti che qui interessano, la Comunità europea – e il sistema creato con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), la cui diversa conformazione incide ovviamente sulla definizione dei rapporti con gli Stati membri, in specie sotto il duplice profilo delle fonti di produzione giuridica e dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Il ruolo e la posizione delle diverse autorità giurisdizionali assumono, nei due sistemi, un rilievo essenziale,

anche e forse soprattutto con riguardo alla protezione dei diritti. È, ovviamente, nella dimensione pratica delle controversie concrete incidenti su di essi che si gioca in effetti la loro protezione comunitaria e il rispetto dello *standard* europeo di tutela: a cui sono dunque chiamate primariamente le Corti sovranazionali, le Corti costituzionali e, in prima linea e quotidianamente, i giudici comuni. Sotto questo profilo, peraltro – anticipando alcune delle riflessioni conclusive – sembra emergere una convergenza tra i due sistemi, potendosi ravvisare in entrambi – secondo diverse modalità – forme di armonizzazione, che vanno anche al di là delle previsioni normative e dei limiti talvolta derivanti dalla struttura del sistema delle fonti.

In questa sede si intende appunto verificare e comparare le relazioni che si instaurano tra i giudici interni e le Corti europee, quotidiani applicatori, gli uni, e principali interpreti, gli altri, delle norme internazionali e sovranazionali.

L'indagine deve necessariamente partire dalla ricostruzione dei caratteri essenziali dei due sistemi, per mettere in luce gli elementi di differenziazione che incidono sul ruolo svolto dai giudici. Ma si dovrà poi far centro sull'analisi della giurisprudenza, per individuare le situazioni e le modalità in cui i caratteri intrinseci (strutturali e funzionali) di questi sistemi ne orientano il funzionamento effettivo.

2. Caratteri dei due sistemi

Come anticipato, il quadro può essere definito con riferimento a due estremi. Da un lato, si colloca l'ordinamento europeo/comunitario, che si caratterizza come un sistema autonomo, con proprie regole e principi, ma nello stesso tempo anche come un sistema «integrato», con riferimento a tutte le funzioni sovrane, in cui le relazioni tra i giudici comuni e la Corte di giustizia sono definite dallo stesso Trattato istitutivo. Dall'altro lato, vi è l'ordinamento internazionale, nel quale la funzione di accertamento giudiziario del diritto è prevalentemente diretta al regolamento delle controversie tra Stati e si realizza attraverso meccanismi di natura arbitrale – anche in rapporto ad istanze giurisdizionali istituzionalizzate (ad esempio la Corte internazionale di giustizia) – fondati sull'accordo tra le parti (si fa cenno qui a questo secondo modello solo come termine di paragone al fine di mettere in luce, per differenziazione, il ruolo dei giudici negli altri casi). Infine una posizione «mediana» spetta all'ordinamento istituito dalla CEDU. Anche in questo caso infatti la struttura è quella intergovernativa, poiché la CEDU si traduce in un insieme di obblighi reciproci tra gli Stati al fine di realizzare determinati diritti; rispetto a tale struttura però essa presenta la forte peculiarità della presenza di un giudice sovranazionale, che può essere adito direttamente dagli individui per sanzionare le violazioni di tali diritti operate dagli Stati [1].

[1] Cfr. A. Drzemczewski, *The Sui Generis Nature of the European Convention on Human Rights*, in *Int'l & Comp. LQ*, 1980, 54 ss.

Per chiarire i termini del confronto, sembra utile ricordare più in dettaglio alcuni degli aspetti in cui si concretizzano queste diverse impostazioni, in particolare quelli funzionali alla definizione dei rapporti tra gli organi giurisdizionali.

a) *Il primo aspetto concerne il «materiale normativo» con cui i giudici nazionali si trovano ad operare, ed in particolare le implicazioni dei rapporti tra le relative fonti*

Il sistema europeo fa sì che le fonti comunitarie, pur rimanendo fonti di un ordinamento distinto, siano immediatamente efficaci anche nell'ordinamento nazionale. I principi del primato e della diretta applicabilità, così come ricostruiti dalla Corte di giustizia, implicano che la disciplina di determinati ambiti materiali sia posta dalle norme comunitarie, con esclusione dell'intervento delle fonti del diritto interno, per cui è il criterio di competenza (nel senso, più precisamente, del riparto di competenze tra i due ordini legali) a determinare la soluzione delle eventuali antinomie [2].

I rapporti con la CEDU, invece, sono stati ricostruiti nel nostro ordinamento (almeno sino ad oggi [3]) secondo lo schema dualistico classico, che passa attraverso l'adattamento del diritto interno alle norme pattizie. E in Italia tale adattamento è stato operato con legge ordinaria, cosicché le norme interne di origine pattizia si collocano a livello legislativo e i rapporti con la legislazione nazionale dovrebbero ritenersi regolati, in linea di principio, sulla base del criterio cronologico [4].

Quanto al contenuto, si deve ricordare che, mentre le norme comunitarie dettano la disciplina diretta di singoli settori materiali, la Convenzione europea si caratterizza invece come catalogo di diritti che lo Stato si impegna a rispettare. Del resto – può essere opportuno ricordarlo – proprio per questo il «sistema CEDU» è in realtà in grado di funzionare anche indipendentemente dalla circostanza che

---

[2] Per un inquadramento generale dei profili che saranno analizzati si rinvia, tra i molti, a B. BULTER-R. BIEBER-J. PIPKORN-J. STREIL-J.H.H. WEILER, *L'Unione europea*, Bologna, 2001 e C. ZANGHI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2000. Per l'approfondimento dei problemi di rapporto con il sistema costituzionale italiano v. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000 e F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione europea*, Torino, 1996.

[3] La precisazione si rende necessaria a seguito della recente modifica dell'art. 117 Cost., che potrebbe dare luogo anche a letture differenti dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale, al limite in chiave monista (v. ad esempio le considerazioni problematiche di G.F. FERRARI, *Art. 117 e tutela internazionale dei diritti*, relazione alla Tavola rotonda di diritto comunitario su «*Riforma costituzionale*, *diritto internazionale e diritto comunitario*» svoltasi a Genova il 23 marzo 2002). Si rinvia per gli aspetti che maggiormente interessano il presente lavoro ai cenni svolti *infra*, § 3.

[4] Nel § 4, cui si rinvia, verranno presentati alcuni sintetici richiami alla giurisprudenza costituzionale in materia.

le norme pattizie siano incorporate nel diritto interno[5]. La Convenzione impone agli Stati, per così dire, un'obbligazione di risultato – il rispetto di determinati diritti – lasciandoli comunque liberi di scegliere le modalità ritenute più opportune per realizzarla[6].

b) *Il secondo aspetto concerne il ruolo assegnato al giudice sovranazionale*

Nel sistema comunitario la Corte di giustizia è chiamata a garantire l'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario negli Stati membri. I suoi rapporti con i giudici nazionali sono disciplinati direttamente del Trattato comunitario, con la creazione anche sotto questo profilo di un sistema integrato[7]. I giudici nazionali, infatti, devono rivolgersi alla Corte di giustizia quando affrontano problemi relativi all'interpretazione o all'applicazione del diritto comunitario (tanto che, nella prospettiva di questo stretto rapporto funzionale, i giudici comuni nazionali sono significativamente rappresentati come «giudici comunitari»[8]). E nella relazione inversa le decisioni della Corte di giustizia produ-

---

[5] Si deve precisare che, per semplicità espositiva, nel presente lavoro verranno utilizzati in modo fungibile i termini incorporazione ed adattamento per indicare in generale il fenomeno dell'adeguamento del diritto nazionale al diritto internazionale pattizio, mediante la creazione di norme interne volte a dare esecuzione agli obblighi assunti dallo Stato in ambito internazionale, le quali, anche qualora assumano una formulazione identica a quella delle norme pattizie, rimangono comunque distinte, operando in ambiti differenti.

[6] In questi termini si esprime, ad esempio, G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants*, in *Mélanges Valticos*, Paris, 1999, 385 ss., spec. 392.

In particolare non viene richiesto ai Paesi membri, come i giudici di Strasburgo hanno espressamente riconosciuto fin da una sentenza del 1976, di incorporare la Convenzione (o almeno il catalogo di diritti previsto nel titolo primo) nel proprio diritto interno: così nella decisione *Swedish Engine Drive* del 6 febbraio 1976, successivamente confermata, ad esempio, in *James and Others* del 21 febbraio 1986 (la ricostruzione di tale giurisprudenza si può vedere in H.C. KRÜGER, *Does the Convention Machinery Distinguish between States which have and have not Incorporated It?*, in AA.VV., *Aspects of Incorporation of the European Convention of Human Rights into Domestic Law*, London, 1993). Allo stesso modo non viene richiesto – nel caso in cui gli Stati scelgano di procedere all'adattamento – di assegnare una speciale posizione alle norme di origine pattizia nei rispettivi sistemi normativi.

[7] Cfr. P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali*, in *Foro it.*, 1986, V, 26 ss. Sugli aspetti relativi alla tutela giurisdizionale v. da ultimo G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001; nonché, per quanto attiene al diritto processuale interno, le relazioni alla XXXIII Tavola rotonda di diritto comunitario, Milano, 24 novembre 2000, su «*L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*», in *Dir. Un. eur.*, 2001, 41 ss.

[8] Giuseppe Morbidelli, ad esempio, rileva che i giudici nazionali vengono qualificati come «giudici comunitari anch'essi quando le controversie coinvolgono situazioni conformate dal

cono effetti immediati nell'ordinamento interno: in particolare il giudice che ha sollevato la questione pregiudiziale deve sempre tenerne conto nella risoluzione del caso.

Le funzioni della Corte di Strasburgo sono invece diverse. Essa è chiamata, infatti, a garantire che gli Stati rispettino gli obblighi assunti sul piano internazionale, e in particolare che rispettino i diritti riconosciuti ai singoli dalla CEDU, e in questo senso si qualifica come «giudice dei diritti», a cui si rivolgono gli individui vittime di violazioni da parte degli Stati. Non vi è invece alcun «canale processuale» rispetto ai giudici nazionali. Anzi, l'esercizio dell'azione a Strasburgo presuppone il previo esaurimento delle vie di ricorso nazionali; ed anche nei casi in cui la violazione fosse determinata da una decisione giurisdizionale, non è prevista in Italia alcuna possibilità per riaprire i processi in forza di una sentenza di condanna di Strasburgo [9].

---

diritto della Comunità»: così G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, cit., 68.

[9] Cfr. S. DE BELLIS, *L'obbligo di modifica dell'ordinamento statale determinato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi Panzera*, Bari, 1995, 337 ss. e G.A. CONTE, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di B. NASCIMBENE, Milano, 2002, 91 ss.; più in generale E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999.

Si tratta di uno dei profili più problematici del sistema, che limita l'efficacia delle decisioni della Corte europea anche in quegli ordinamenti dove la CEDU riveste un ruolo particolarmente significativo. È il caso, ad esempio, dei Paesi Bassi dove le norme della Convenzione sono parametro per un controllo diffuso sulle leggi, ma i procedimenti giurisdizionali non possono essere riaperti: v. T. BARKHUYSEN-M. VAN EMMERIK-P.H. VAN KEMPEN (a cura di), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague-Boston-London, 1999. Diversa è la situazione negli ordinamenti, come quello svizzero, in cui si prevede la possibilità di modificare le decisioni giurisdizionali. L'art. 139, primo capoverso della Legge federale sull'organizzazione giudiziaria (entrato in vigore il 15 febbraio 1992) stabilisce, infatti, che «la domanda di revisione di una sentenza del Tribunale federale o di una decisione di un'istanza inferiore è ammissibile quando la Corte europea dei diritti dell'uomo o il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa ha accolto un ricorso individuale per violazione della Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei suoi protocolli e la riparazione è possibile solo mediante la revisione»: v. M. HOTTELIER, *La procédure suisse de révision consécutive à un arrêt de condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2001, 743 ss.

Diverso è l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano con l'adozione della l. 89/2001 (c.d. legge Pinto), che ha inteso farsi carico esclusivamente del problema della ragionevole durata dei processi attraverso la previsione di una forma di «equa riparazione». Nel senso indicato nel testo – seppure limitatamente alle ipotesi di violazione dell'art. 6 della CEDU – si muove il progetto di legge approvato alla Camera dei deputati (in seguito alle modifiche apportate nel testo unificato) nel marzo 2002, volto a modificare l'art. 630 c.p.p. introducendo tra i motivi di revisione delle sentenze anche il caso di violazione delle disposizioni della Convenzione, accertate con sentenza della Corte europea.

c) *Il terzo aspetto attiene al modo con cui vengono risolti gli eventuali problemi interpretativi della disciplina sovranazionale e gli eventuali contrasti che sorgano tra di essa e la disciplina nazionale*

Quanto alle norme comunitarie, la circostanza che esse siano poste dalle fonti di un ordinamento distinto, il cui controllo spetta alla Corte di giustizia, incide sia sul piano dell'operatività sia su quello dell'interpretazione. Sotto il primo profilo, la Corte di giustizia ha affermato, oltre al principio della diretta applicabilità, quello della prevalenza del diritto comunitario, laddove nell'ordinamento italiano le conseguenze di questi due principi sono state tradotte in pratica attraverso una peculiare utilizzazione del criterio di competenza che, a partire dalla nota sentenza della Corte cost. n. 170 del 1984, attribuisce a ciascun giudice ordinario il potere/dovere di disapplicare la norma interna per applicare quella comunitaria [10]. Ma anche sotto il profilo interpretativo il rapporto si svolge direttamente tra giudici interni e Corte di giustizia, secondo la disciplina posta dai Trattati (può essere opportuno ricordare che l'art. 234 del Trattato CE prevede, quanto alla pregiudiziale comunitaria, un obbligo per le giurisdizioni di ultima istanza ed una semplice facoltà per gli altri giudici di sollevare le questioni interpretative).

Nell'ambito del sistema CEDU, invece, il giudice interno si deve far carico in prima persona della interpretazione delle norme di origine pattizia, non essendo prevista alcuna forma di incidente o rinvio pregiudiziale alla Corte di Strasburgo. Le norme derivate dall'adattamento alla CEDU sono norme di diritto interno, anche se caratterizzate dalla peculiarità per cui le stesse (o meglio norme con il medesimo tenore letterale) vivono anche in ambito internazionale e sono interpretate dalla Corte di Strasburgo. Il giudice nazionale, quindi, nella risoluzione di singoli casi sottoposti al suo esame può privilegiare una lettura delle norme di origine pattizia orientata in chiave nazionale, oppure in chiave sovranazionale, tenendo conto delle tendenze che si sviluppano nella giurisprudenza di Strasburgo [11].

Qualora poi intervenga una legislazione interna in contrasto con le norme della CEDU (*rectius,* derivate dall'adattamento alla CEDU) il giudice non può disapplicare le norme interne, ma anzi, in forza del criterio cronologico, dovrebbe dare la prevalenza alla disciplina successiva. Tuttavia, come si vedrà analizzando la giurisprudenza, il giudice può anche tentare il ricorso alla Corte costituzionale, per far valere una speciale copertura costituzionale della CEDU, o può cercare, attraverso la propria attività ermeneutica, di ricostruire la portata delle norme

---

[10] Cfr. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, 1098 ss.

[11] Sul ruolo dei giudici nazionali nel sistema CEDU v. per tutti M.-A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, a cura di D. ROUSSEAU-F. SUDRE, Paris, 1990, 137 ss.; L.G. LOUCAIDES, *Il ruolo del giudice interno nel processo e l'applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1993, 599 ss.; O. DE SCHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Rev. belge dr. internat.*, 1997, 21 ss.

interne in modo che esse non confliggano con la CEDU, sulla linea della cosiddetta *interpretazione conforme*. Tale soluzione si fonda sulla premessa che il legislatore non voglia disattendere gli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale, per cui alla legislazione interna dovrebbe darsi un significato conforme ad essi, salvo ovviamente il caso in cui l'incompatibilità sia diretta e assolutamente insuperabile [12].

3. La posizione dei giudici comuni

Sulla base di questi cenni di carattere sistemico, si può cercare di individuare la posizione del giudice comune rispetto alle Corti europee. In via del tutto sintetica, si può dire che in ambito comunitario il giudice è tenuto ad applicare le norme di un sistema differente sulla base dell'interpretazione datane dalla Corte di giustizia: egli deve essenzialmente obbedire – è un «giudice-soldato», per così dire – almeno sinché non si crei un insormontabile «problema di coscienza» rispetto ai principi e valori di base dell'ordinamento nazionale (si pensi ai cosiddetti «controlimiti»). Nel caso opposto dell'ordinamento internazionale non vi è invece alcun rapporto tra giudice interno e sistema normativo e di accertamento giudiziario internazionale. Ciò non esclude che i giudici nazionali possano tenere conto delle ricostruzioni del giudice internazionale, nel caso in cui vi sia una qualche affinità nelle materie trattate, al fine di argomentare il proprio ragionamento giuridico. In questo caso egli si pone se mai come «uomo di cultura», che nel proprio strumentario può aprirsi anche alla giurisprudenza straniera ed internazionale.

Il sistema CEDU si caratterizza in modo ancora diverso e rende difficile definire in astratto la posizione del giudice comune, anche perché varia nei diversi ordinamenti. Con riferimento al nostro, non vi sono obblighi sul piano interpretativo, mentre sul piano formale non è possibile affermare la prevalenza delle norme di origine pattizia. Ciò potrebbe portare ad un funzionamento del sistema per così dire «dissociato», e – paradossalmente – tanto più «dissociato» laddove lo Stato abbia provveduto alla incorporazione della CEDU nel diritto interno. Ci si trova infatti dinanzi ad un corpo di norme che vive contemporaneamente nell'ordinamento internazionale, dove è interpretato e applicato dalla Corte europea, e nel diritto interno, dove è interpretato ed applicato dai giudici nazionali. Non si può quindi escludere che i giudici comuni scelgano di leggere in chiave strettamente «nazionale» le norme di origine pattizia, pur assumendo il rischio che le loro decisioni possano essere occasione di ricorso alla Corte di Strasburgo.

---

[12] Attraverso tale tecnica interpretativa nei Paesi nordici e in Gran Bretagna, ad esempio, i giudici hanno garantito il rispetto della CEDU anche prima che la stessa venisse incorporata, riferendosi immediatamente agli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale.

Questa dissociazione evidentemente tradisce gli scopi della Convenzione, che intende all'opposto garantire proprio uno *standard* uniforme o comune di configurazione e di tutela dei diritti nei Paesi aderenti. Ma in realtà il rapporto tra i giudici comuni e la Corte europea dei diritti dell'uomo è molto più ricco e complesso, producendo relazioni indirette ma significativamente penetranti. Il senso e lo spirito della Convenzione, orientata appunto ad uno *standard* comune ed a regole uniformi, sembra cioè tale da dover sospingere il giudice comune a riconoscere alla Corte europea una sostanziale funzione nomofilattica in materia di diritti, e, se si vuole, a guardare ad essa come a una sorta di Corte di cassazione *in parte qua* [13]. Per perseguire gli scopi della Convenzione e per onorare i relativi obblighi giuridici, infatti, quel che conta non è tanto applicare le stesse disposizioni, quanto garantire la stessa tutela degli stessi diritti: ed a tal fine i giudici comuni e la Corte europea dovrebbero realizzare, a diversi livelli, gli stessi risultati. Sotto questo profilo, dunque, se il rapporto tra giudici comuni e Corte di giustizia può essere molto stretto per il meccanismo processuale, il rapporto con la Corte europea deve essere invece stretto per ragioni funzionali. Mentre là sono in evidenza i percorsi, qui è in rilievo il risultato.

Prima di passare all'analisi della giurisprudenza per verificare come si declinano effettivamente i profili delineati, bisogna però mettere in luce due rilevanti novità di carattere normativo, che potrebbero incidere sul nostro tema. La prima è costituita, ovviamente, dal nuovo testo dell'art. 117, comma 1, Cost., introdotto con la l. cost. n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V, per cui «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» [14]. Tale disposizione crea un vincolo espresso nei confronti del legislatore, na-

---

[13] Si possono ricordare le considerazioni di Gérard Cohen-Jonathan secondo cui la Convenzione «instaure […] un ordre institutionnel dominé par une Cour à laquelle les Etats ont concédé le pouvoir d'interprétation authentique de la Convention et de juge ultime de la conventionnalité des actes internes»: *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants*, cit., 386. Tali conclusioni sono oggi ancora più pertinenti se si considera che, con l'entrata in vigore dell'undicesimo Protocollo, dal 1998 la giurisdizione della Corte di Strasburgo ed il riconoscimento del diritto di ricorso del singolo sono divenuti obbligatori per tutti gli Stati aderenti alla CEDU: v. sul punto O. DE SHUTTER, *La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in *Cahiers dr. eur.*, 1998, 319 ss. e B. NASCIMBENE, *La «nuova» Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium iuris*, 1999, 2, 119 ss.

[14] Tra i primi commenti su questa disposizione si possono vedere: C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale ed i rapporti con l'ordinamento internazionale e comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 194 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 921 ss.; M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001* (relazione al Convegno su «*Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*», ora reperibile nel sito dell'Associazione dei costituzionalisti, all'indirizzo internet *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it*), nonché le relazio-

zionale e regionale, ma può avere importanti implicazioni anche sul piano giurisprudenziale. Essa probabilmente non è destinata a spostare di molto (ma se mai a legittimarli) i rapporti con il diritto comunitario, dove appare difficile pensare ad una revisione degli orientamenti già consolidati, che trovano il loro fondamento nel carattere integrato del sistema. Può invece avere conseguenze molto significative rispetto alla CEDU. Da un lato, infatti, l'art. 117 incide sull'azione della Corte costituzionale, in quanto, nel momento in cui pone il rispetto degli obblighi internazionali come limite all'attività del legislatore, questi assumono rilievo di parametro nel giudizio di costituzionalità, il che apre la strada ad un controllo generalizzato sulle norme interne alla loro stregua [15]. Ma per altro verso la previsione incide anche sull'attività del giudice comune. In primo luogo, infatti, essa implica che, nel caso in cui rilevi un contrasto tra leggi interne e norme di origine pattizia (anzi, *tout court*, norme pattizie), egli possa e debba rivolgersi alla Corte costituzionale per violazione di norme interposte. Ma vi si può leggere un elemento forse ancora più importante nella prospettiva di questo lavoro. L'art. 117 può essere visto infatti come una formalizzazione dell'obbligo di interpretazione conforme. Il giudice deve cioè interpretare la legislazione nazionale in modo che venga rispettata la CEDU, e proprio nella sua qualità di norma internazionale; ed anzi – e appunto proprio per il motivo che la Costituzione fa diretto rinvio alle norme internazionali in quanto tali, e quindi nel significato che esse hanno nel *loro* contesto, e non in quello che possono assumere nel contesto interno a seguito dell'incorporazione – nel fare riferimento alla CEDU il giudice deve tenere conto del significato che essa ha nel *suo* contesto internazionale, e quindi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo [16]. Viene dunque sconvolto il quadro di riferimento di cui si diceva sopra accennando alla possibilità di una lettura «dissociata» delle norme della CEDU [17].

---

ni presentate alla Tavola rotonda di diritto comunitario su «*Riforma costituzionale*, *diritto internazionale e diritto comunitario*», cit.

[15] V. in questo senso i cenni in M. LUCIANI, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prime osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, cit. Un problema può essere costituito in questa prospettiva da un'interpretazione forte della nuova disposizione costituzionale, che nella locuzione «obblighi internazionali» ricomprenda anche gli obblighi nascenti dagli accordi stipulati in forma semplificata o, addirittura, quelli nascenti dai trattati ratificati ma non ancora resi operativi nel diritto interno.

[16] Si possono richiamare le considerazioni di Giuseppe G. Floridia che, proprio con riferimento ai casi in cui le norme internazionali assumono il ruolo di parametro nel giudizio di costituzionalità, ha rilevato come «il significato – per così dire – internazionale di queste norme deve far premio su quello che esse potrebbero assumere ove fossero «tradotte» e ri-contestualizzate come norme di diritto interno»: *Diritto interno e diritto internazionale: profili storico-comparatistici* (relazione alla Tavola rotonda di diritto comunitario su «*Riforma costituzionale*, *diritto internazionale e diritto comunitario*», cit., ora in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002).

[17] Un utile termine di raffronto può essere costituito dalla soluzione adottata in Gran Bretagna con lo *Human Rights Act 1998*. Anche in questo caso si tratta di un ordinamento dualista, che ha cercato – con una disciplina molto particolare – di conciliare il rispetto della so-

La seconda novità di grandissimo rilievo, suscettibile questa di incidere sul funzionamento del sistema comunitario, è costituita dalla Carta di Nizza, laddove ovviamente riesca ad affermarsi un suo valore giuridicamente vincolante nel sistema legale dell'Unione europea [18]. In questa ipotesi, naturalmente, le sue con-

---

vranità parlamentare con la massima tutela dei diritti. L'art. 1 dell'*Act* individua i cosiddetti *Convention Rights*, richiamando la maggior parte, anche se non la totalità, delle norme della CEDU e dei suoi Protocolli, tanto che si potrebbe pensare ad una forma di incorporazione selettiva. Ma le norme successive creano un meccanismo diverso, molto interessante per i profili qui in esame. L'art. 3, infatti, impone ai giudici di interpretare «*so far as it is possible to do so*» il diritto interno in modo che lo stesso risulti compatibile con i *Convention Rights*: si tratta di una formula impegnativa («*must be read and given effect*») che rende, per così dire obbligatoria, l'interpretazione conforme. In questa attività interpretativa, poi, si devono prendere in considerazione «le decisioni della Corte europea, della Commissione e del Comitato dei ministri», che determinano l'effettiva portata delle norme pattizie. Solamente se al termine di questa operazione l'attività ermeneutica rivela un contrasto insanabile i giudici devono pronunciare una «dichiarazione di incompatibilità» (art. 4), che però non incide né sulla validità, né sulla permanente operatività, né sull'applicabilità della norma contestata. Essa ha invece lo scopo di innescare il procedimento legislativo volto ad emendare la disciplina dichiarata incompatibile, nei casi di urgenza con una procedura speciale. Tale incompatibilità, con le conseguenze accennate, può risultare anche a seguito di una decisione della Corte europea nei confronti della Gran Bretagna: sicché viene ulteriormente confermato il necessario collegamento con il momento sovranazionale nella definizione e nella garanzia dei diritti.

La dottrina britannica sull'argomento è oramai vastissima, si rinvia per tutti a S. GROSZ-J. BEATSON-P. DUFFY (a cura di), *Human Rights. The 1998 Act and the European Convention*, London, 2000 e J. COPPEL, *The Human Rights Act 1998: Enforcing the European Convention in the Domestic Courts*, Chichester-New York-Weinhein-Brisbane-Singapore-Toronto, 2000; ulteriori indicazioni si possono reperire nelle rassegne bibliografiche curate da A. GRATTERI, *La dottrina britannica in tema di diritti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1492 ss. e 2000, 1553 ss. Lo *Human Rights Act* ha suscitato particolare attenzione anche in Italia, v. ad esempio G.F. FERRARI, *La Convenzione europea e la sua* «incorporation» *nel Regno Unito*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 125 ss.; P. LEYLAND, *Human Rights Act 1998: riportare i diritti a casa?*, in *Quad. cost.*, 2000, 83 ss.; F. ROSA, *Lo* Human Rights Act *e il processo di internazionalizzazione dei diritti fondamentali*, *ivi*, 679 ss. e A. SPERTI, *Il ruolo della magistratura in Gran Bretagna dopo l'approvazione dello* Human Rights Act, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 73 ss.

[18] È impossibile dare conto della dottrina in materia: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata negli ultimi anni uno dei temi più rilevanti della riflessione costituzionalistica. Tra i molti si possono ricordare: il *forum* su *La Carta europea dei diritti*, pubblicato nella rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 154 ss.; G.F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, 2001; i due volumi curati da U. DE SIERVO, *Costituzionalizzare l'Europa ieri ed oggi* e *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, che si inseriscono nella raccolta pubblicata sotto il patrocinio della Fondazione Cassa di Risparmio delle Province Lombarde, *Verso la Costituzione europea*; tra i commentari v. R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001 e L. FERRARI BRAVO-F.M. DI MAJO-A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2001.

Con riferimento al ruolo che la Carta va progressivamente assumendo, si devono richiamare le recenti decisioni del Tribunale di prima istanza che sembrano implicitamente riconoscerle valore normativo: v. decc. 20 febbraio 2001, in causa T-112/98 e 30 gennaio 2002, in causa T-54/99 (entrambe annotate in *Dir. pubbl. comp. eur.*); ma ancora più interessante,

seguenze si porrebbero soprattutto sul piano del funzionamento complessivo del sistema, in particolare sotto il profilo della sua generalizzata utilizzazione come parametro di giudizio della Corte comunitaria. Ma le cose sicuramente cambierebbero anche per il giudice comune nel momento in cui egli si trovasse ad applicare un vero e proprio catalogo comunitario di diritti. Come già accennato, infatti, nel contesto attuale le norme comunitarie costituiscono in primo luogo la disciplina specifica di determinati settori materiali, che il giudice è chiamato ad applicare direttamente; ed anche la tutela dei diritti riconducibile all'art. 6 del Trattato di Amsterdam gioca sul piano dell'interpretazione delle norme comunitarie e viene comunque mediata alla luce delle finalità dell'ordinamento comunitario stesso. Di fronte all'introduzione di un catalogo comunitario di diritti, e indipendentemente dalla portata espansiva indiretta che potrà avere sulle stesse competenze della Unione, sembra molto verosimile che esso sia destinato a determinare una uniformazione dei sistemi giuridici forse molto più rilevante di quella che si è avuta con la CEDU [19]. Anche in questa prospettiva è importante l'analisi della situazione attuale, per cercare di ricostruire il modo in cui i giudici percepiscono il proprio ruolo e si atteggiano nei confronti della disciplina comunitaria: si può avvertire anzi, a questo proposito, un profilo particolarmente delicato, poiché, in assenza di strumenti di controllo attivabili direttamente dal singolo, non vi sono specifiche forme di verifica della lettura che i giudici interni fanno delle norme comunitarie.

Si è voluto solo accennare a queste novità, che potranno sicuramente influenzare il funzionamento dei sistemi di riferimento; nel prosieguo del lavoro però si cercherà – attraverso l'analisi della giurisprudenza – di tratteggiare alcuni caratteri dell'attuale configurazione dei rapporti tra i giudici comuni e le Corti europee. Si sceglieranno, nei due casi, aspetti che possono risultare espressivi della

---

nella prospettiva di questo lavoro è la circostanza che anche i giudici nazionali in alcuni casi fanno riferimento a tale documento nelle loro argomentazioni: così ad esempio il Tribunale supremo spagnolo (*Sala* civile), dec. 8 febbraio 2001, n. 93, in *Repertorio de jurisprudencia 2001*, 855 ss., ma anche la Corte d'appello di Roma, v. sul punto la nota di A. CALVANO, *La Corte d'Appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o Jus commune europeo*, reperibile nel sito dell'Associazione dei costituzionalisti, all'indirizzo internet *http://www.associazionedeicostituzionalisti.it.*

[19] Al riguardo si possono richiamare le riflessioni di Antonio Ruggeri sull'incidenza delle Carte dei diritti sulla stessa ricostruzione dei rapporti tra le fonti: A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale*, *attraverso i diritti umani*, *e le prospettive di un diritto europeo "intercostituzionale"*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 544 ss. e ID., *Prospettive metodiche di ricostruzione del sistema delle fonti e Carte internazionali dei diritti*, *tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. FERRARI, cit., 217 ss., che conclude riconoscendo che «una teoria dell'interpretazione assiologicamente orientata si mostra, non poche volte, in grado di superare gli artificiali steccati innalzati dalla teoria delle fonti, aprendosi ad esiti ricostruttivi non differenziati in relazione alle Carte internazionali dei diritti così come alla Carta europea o ad altri documenti ancora (pur se di confezione giurisprudenziale) riguardanti i diritti fondamentali».

posizione concretamente assunta dagli organi giurisdizionali nazionali. Quanto alla CEDU, si dovrà necessariamente esaminare il problema della sua applicabilità e del rango assegnatole nel sistema delle fonti. Per il diritto comunitario, invece, questi profili non sono in discussione, sicché sarà necessario individuare altri elementi di riflessione, che possano mettere in evidenza le dinamiche che si instaurano tra gli organi giurisdizionali. In particolare si farà riferimento all'efficacia diretta delle direttive non attuate e al ricorso pregiudiziale interpretativo alla Corte di giustizia.

4. I giudici comuni e la Corte di Strasburgo

L'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU è stato realizzato, com'è noto, con la l. n. 848 del 1955, nella forma dell'ordine d'esecuzione. Le norme della Convenzione, o, meglio, norme con un medesimo tenore letterale, sono dunque entrate a far parte del diritto interno in forza di una legge ordinaria [20].

Per delineare la posizione dei giudici comuni con riguardo ad essa ed al sistema da essa creato, la prima questione è quella della immediata operatività-giustiziabilità [21] delle norme così prodotte. Per un verso, infatti, il sistema CEDU si caratterizza per la complementarietà, o meglio per la sussidiarietà del livello sovranazionale e dell'intervento del giudice di Strasburgo rispetto al livello nazionale, per cui assume evidentemente primario rilievo la possibilità di far valere direttamente le posizioni giuridiche stabilite nella Convenzione dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali [22]. Ma per altro verso tale possibilità non è, o meglio non è

---

[20] Si tornerà nel prosieguo sulla collocazione delle norme derivate dall'adattamento alla CEDU nel sistema delle fonti, che non è comunque decisivo – come vedremo – per individuarne il ruolo. In generale sulla posizione, del diritto internazionale pattizio, si può vedere la manualistica sia costituzionale sia internazionale: per tutti G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1993; L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999; R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, spec. cap. IV su *Diritto internazionale e diritto interno: monismo o dualismo?*

[21] Si vuole evitare la locuzione «diretta applicabilità» che è abitualmente utilizzata per le norme comunitarie e, come accennato, fa riferimento ad un sistema integrato assai diverso da quello della CEDU. Per quest'ultima è la legge d'esecuzione, che determina l'incorporazione delle norme nell'ordinamento interno, a costituire il presupposto per potersi interrogare sulla sua efficacia, intesa in questo caso come idoneità a disciplinare immediatamente le situazioni giuridiche. Alcuni cenni di carattere terminologico con riferimento a questi profili si possono vedere, ad esempio, in F. Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, spec. 7 ss.

[22] Cfr. M. de Salvia, *Sistema europeo e sistemi nazionali di protezione dei diritti dell'uomo: subordinazione o sussidiarietà?*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1994, 32; A. Bultrini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in *Corr. giuridico*, 1999, 642 ss.,

stata senz'altro pacifica nel nostro Paese, dove si è sviluppata un'ampia discussione, a fronte di una giurisprudenza contrastante. Al di là della pur rilevante pregiudiziale di carattere generale, per cui occorre comunque verificare l'idoneità di ogni singola norma di un testo siffatto ad essere portatrice di posizioni immediatamente azionabili dai singoli, si è proposta infatti una pregiudiziale ancor più di fondo (che può invero lasciare perplessi, stante la forma e la tecnica con cui si è provveduto all'adattamento) riferita al trattato in sé, al suo senso ed alla sua funzione [23]. La differenza va colta con attenzione, dovendosi notare che in effetti, ad onta delle specifiche finalità della Convenzione, che pure venivano contestualmente riconosciute, la giurisprudenza più risalente aveva negato in linea generale che la CEDU fosse direttamente applicabile ai rapporti giuridici interni «in quanto [essa] ha natura pattizia e, quindi, efficacia vincolante per "le alte parti contraenti", e non anche per i relativi sudditi, nonostante che l'oggetto della convenzione e dei corrispondenti obblighi internazionali riguardi proprio costoro ed i loro diritti fondamentali» [24].

Alla luce di questi precedenti, è comprensibile l'interesse con cui è stata accolta la decisione *Polo Castro* del 1989, pronunciata dalle Sezioni Unite della Cassazione penale proprio al fine di dirimere i contrasti giurisprudenziali anteriori [25], e unanimemente considerata come il punto di passaggio determinante per il riconoscimento della «immediata operatività, in Italia, delle norme della Convenzione» [26].

---

spec. 644 e ID., *Il sistema di protezione dei diritti fondamentali del Consiglio d'Europa*, in *Com. internaz.*, 1999, 107 ss., spec. 113.

[23] Si è giustamente rilevato che «naturalmente, nessun problema di interpretazione della singola disposizione convenzionale potrà porsi nel caso in cui l'interprete sia portato ad escludere già in via generale ed astratta la suscettibilità di diretta applicazione delle norme della Convenzione»: così G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano: un tentativo di bilancio*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, 20 ss.

[24] Così Cass. pen., sez. I, 23 aprile 1984, n. 2770, in *Riv. pen.*, 1985, 298 (ma v. anche la giurisprudenza richiamata *infra*, nota 26). Lascia perplessi che una decisione così relativamente recente riproponga ancora questo tipo di impostazione. Sembra, infatti, costituire l'espressione di un orientamento interpretativo del passato, caratterizzato dal principio secondo cui «nonostante l'adattamento, le norme internazionali non fossero invocabili dai privati ma soltanto dagli Stati fra loro», commentando il quale Benedetto Conforti scriveva che «detto principio è talmente anacronistico e legato alla vecchia concezione "diplomatica" del diritto internazionale da non meritare confutazione»: *Diritto internazionale*, Napoli, 1987, 286 (nelle edizioni più recenti, tra l'altro, viene meno anche il cenno a questo principio: così ad esempio nella già citata edizione del 1999).

[25] Cass. pen., sez. un., 8 maggio 1989, n. 1191, in *Cass. pen.*, 1989, 1418 e in *Riv. dir. internaz.*, 1990, 1037 ss.

[26] Si deve ricordare che prima di tale sentenza le sezioni penali della Corte di cassazione avevano assunto posizioni spesso opposte. Da un lato molte decisioni affermavano il carattere programmatico di singole norme della Convenzione e talvolta, più in generale, l'inidoneità del trattato di per sé ad assumere rilevanza dinanzi al giudice interno, analogamente alla deci-

In tale decisione, peraltro, la Cassazione non sembra aver mantenuto sempre distinti i due profili – quello inerente al trattato in sé e quello relativo alle singole norme –, il che può leggersi anche come un opportuno superamento di tale distinzione. Il richiamo alle regole che disciplinano in generale i rapporti con il diritto internazionale pattizio, ed in particolare alla procedura di adattamento mediante rinvio, sembra infatti esprimere un'opzione di fondo in relazione alla CEDU, mentre il successivo accenno al carattere *self-executing* sembra predicato della (e giustamente valutato con riferimento alla) singola previsione [27]. La Cor-

---

sione richiamata *supra* alla nota 24: v. ad esempio Cass. pen., sez. V, 20 aprile 1988, n. 4790 («le norme della CEDU hanno carattere meramente programmatico ed efficacia vincolante solo per gli Stati contraenti e non per i relativi sudditi, ancorché sia consentito a questi ultimi adire la commissione europea per i diritti dell'uomo dopo la decisione interna avente carattere definitivo. Ne deriva la preclusione della deduzione, nei motivi di ricorso, di violazioni concernenti disposizioni della Convenzione») o Cass. civ., sez. un., 25 marzo 1988, n. 251 (in *Foro it.*, I, 1988, 1377: «l'art. 398, ult. parte c.p.c. […] non può ritenersi tacitamente abrogato per incompatibilità con il principio *ex* art. 6, § 1 della CEDU riguardante la celerità del processo, dalla data della relativa legge di esecuzione, giacché la violazione del principio anzidetto può essere soltanto fonte di responsabilità dello Stato italiano nei confronti della parte danneggiata per superamento dei limiti ragionevoli cui fa riferimento detta norma»). Dall'altro, a partire dalla decisione *Iaglietti* del 1982, era emersa una diversa ricostruzione, che sulla base degli artt. 1 e 13 della CEDU, giustificava la possibilità di una protezione diretta, dinanzi al giudice interno, delle posizioni riconosciute al singolo dall'accordo internazionale. Proprio la necessità del previo esaurimento delle vie di ricorso interno veniva vista come un indice della possibilità del singolo di ricorrere agli strumenti giurisdizionali nazionali: Cass. pen., sez. I, 14 luglio 1982, n. 6978, in *Giust. pen.*, 1983, III, 3 (e, analogamente, Cass. pen., sez. I, 8 settembre 1982, n. 7845, in *Riv. pen.*, 1983, 513). Per la ricostruzione di questi passaggi, con un'ampia analisi della giurisprudenza, v. per tutti P.V. VALABREGA, *Invoking the European Convention on Human Rights in the Italian Supreme Criminal Court*, in *Finnish Y. Int'l L*, 1995, 279 ss. (dello stesso Autore v. ora *L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia*, in *Doc. giustizia*, 2000, 67 ss.).

In effetti, va riconosciuto che – stante il rapporto di sussidiarietà che, come si è detto, lega e in certo modo subordina al diritto interno le garanzie dalla CEDU – il funzionamento del sistema sovranazionale sembra richiedere che al singolo sia garantita non necessariamente la possibilità di far valere dinanzi al giudice nazionale le norme della (derivanti dall'adattamento alla) CEDU, ma piuttosto quella di chiedere la tutela dei medesimi diritti, in ipotesi già disciplinati da norme nazionali. Da un lato, tuttavia, la possibilità di un'applicazione diretta delle norme di adattamento alla CEDU si configura come il modo più forte e penetrante per costruire coerentemente quella sussidiarietà; e dall'altro lato (o in altri termini), il fatto che negli Stati membri vengano applicate disposizioni con formulazione analoga, in quanto frutto della trasposizione di quelle della CEDU (o, secondo altra ricostruzione, l'immediata applicazione delle norme del trattato, che grazie alla procedura di adattamento vengono in un certo modo nazionalizzate), rappresenta evidentemente la strada maestra per favorire il processo di uniformazione dello *standard* di tutela tra i vari ordinamenti, anche attraverso l'interazione degli organi giurisdizionali nell'attività interpretativa di quei testi.

[27] La Corte di cassazione utilizza la locuzione adattamento automatico che, in realtà, la dottrina usualmente riferisce al diritto internazionale generale in forza della previsione dell'art. 10 e, più in generale, alle forme di adattamento mediante rinvio alla fonte, che opera-

te, infatti, distingue tra i casi in cui «l'atto o il fatto normativo internazionale contenga il modello di un atto interno completo nei suoi elementi essenziali, tale cioè da poter senz'altro creare diritti ed obblighi, [laddove in tal caso] l'adozione interna del modello di origine internazionale è automatica (cosiddetto adattamento, per l'appunto, automatico)», e quelli invece ove «l'atto internazionale non contenga detto modello, non sia, quindi, come suol dirsi, *self-executing*, [per cui] le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, perché si realizzino, di una specifica attività normativa dello Stato». Ribaditi questi principi, però, la Corte non se ne lascia indurre ad una valutazione riferita alla CEDU in quanto tale: non è infatti sull'operatività della CEDU in astratto e nel suo complesso, ma sull'operatività della singola norma di origine pattizia che essa si sofferma, onde valutarne l'idoneità ad essere utilizzata per risolvere la controversia sottoposta al suo esame. Ed è proprio sotto questo profilo che la sentenza offre l'indicazione più importante, laddove, per argomentare l'applicabilità dell'art. 5, comma 4 della CEDU [28] ad un provvedimento di arresto per fini di estradizione, essa fa riferimento agli artt. 111, comma 2, Cost., 190, comma 2 e 236-*bis* c.p.p., per affermare che nella fattispecie la norma pattizia «si pone come norma attributiva del potere di adottare il rimedio già previsto dal codice di procedura penale [anche] per i casi in cui l'ordinamento interno non lo contempli, in contrasto con il principio consacrato nella convenzione (cioè dal ripetuto art. 5, n. 4 in relazione al n. 1 lett. f) dello stesso articolo)» [29]. È dunque «saldandosi» con la disciplina interna che la norma pattizia può produrre i suoi effetti, grazie ad una contestualizzazione che consente di trarne una regola specifica. Si tratta di un'indicazione anche di metodo assai significativa, nella prospettiva di offrire il massimo rilievo alla CEDU, attraverso tutti gli strumenti dell'attività ermeneutica.

Si è ritenuto opportuno citare con una certa ampiezza la motivazione della decisione, sotto i due profili che si sono distinti, perché essa costituisce un punto di riferimento della riflessione sul ruolo della CEDU in Italia. L'analisi della giurisprudenza successiva, in particolare quella dei giudici di legittimità, conferma l'accoglimento della tesi della immediata operatività nel diritto interno delle norme di origine pattizia e della loro conseguente tendenziale idoneità a creare posizioni soggettive immediatamente azionabili; anche se poi, con riferimento alle singole disposizioni, non mancano situazioni di incertezza.

Al riguardo, è opportuno precisare che la nostra ricerca si è basata sull'esame

---

no come «trasformatore permanente»: v. per tutti G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, cit., 122 ss. e B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 305.

[28] Tale disposizione stabilisce che «Ogni persona privata della libertà mediate arresto o detenzione ha il diritto di presentare ricorso ad un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima».

[29] La controversia concerneva la possibilità di ricorrere in Cassazione contro l'ordine di cattura emesso nei confronti dell'estradando.

soprattutto di decisioni della Corte di cassazione, sia civile sia penale, restando dunque necessariamente condizionata dalla peculiare struttura del giudizio di legittimità [30]. Un dato però sicuramente emerge, e cioè la tendenza, connaturata al contenuto sostanziale dello strumento internazionale, ad utilizzare la CEDU come parametro di controllo della disciplina interna piuttosto che come base per fondare specifiche pretese del singolo.

Prima di approfondire questi due diversi approcci, tuttavia, si deve sottolineare come in diverse sentenze, anche recenti, la Corte di cassazione – indipendentemente dalla prospettiva in cui la CEDU viene fatta valere – abbia affermato il carattere programmatico di singole norme, considerandole come indicative di meri «principi di comportamento per il legislatore» ed escludendone, dunque, l'applicabilità nei casi sottoposti ad esame [31]. Le specifiche fattispecie interessate possono darne ragione, all'interno ed in conformità della linea della valutazione in concreto fatta propria della sentenza *Polo Castro*. Occorre tuttavia sottolineare che, come messo puntualmente in luce da Benedetto Conforti, la nozione di norma *non self-executing* va «rigorosamente circoscritta» per evitare che si presti a «una inammissibile compressione della sfera di applicazione delle norme internazionali», in particolare – si aggiunge – per evitare «quelle tendenze dirette ad utilizzare la distinzione tra norme internazionali *self-executing* e *non self-executing* a scopi in senso lato "politici", ossia per non applicare norme "indesiderate"» [32]. A tal fine l'Autore individua due casi in cui la norma internazionale non è direttamente applicabile: quando «attribuisca semplici facoltà agli Stati» e quando «pur imponendo obblighi, non possa ricevere esecuzione in quanto non esistono gli organi o le procedure *indispensabili* alla sua applicazione» [33]. La verifica di queste ipotesi richiede pertanto un'analisi che vada oltre la semplice affermazione del carattere «generico» o «astratto» della norma, il quale di per sé non esclude la sua idoneità ad incidere sull'efficacia o sulla validità delle norme eventualmente contrastanti [34]; e d'altro canto non può negare il rilievo che a siffatte norme va attribuito nel senso di orientare comunque l'attività interpretativa dei giudici.

In questa prospettiva, la giurisprudenza anche recente non sembra aver abbandonato completamente l'approccio restrittivo cui si è fatto cenno, ed anzi la tecnica usata nella sentenza *Polo Castro* per ricostruire l'operatività delle norme di origine pattizia non trova significative conferme. Solo per la sua singolarità merita di essere richiamata una decisione della Corte d'appello di Firenze che ha

---

[30] Tutte le sentenze richiamate sono reperibili, anche nei casi in cui non risultino pubblicate in specifiche riviste, nella raccolta informatica «Le leggi - IPSOA».

[31] Così ad es. la dec. Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 1999, n. 98 in materia di procedimento disciplinare a carico di avvocati e procuratori, v. *infra*, nota 38 (in *Rass. forense*, 2000, 390).

[32] Cfr. B. Conforti, *Diritto internazionale*, cit., 298.

[33] *Ibidem*.

[34] È quasi scontato il riferimento alle prime decisioni della Corte costituzionale sul carattere programmatico delle norme della Carta fondamentale.

messo in dubbio l'immediata applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo sul diritto di proprietà e dell'art. 14 sul principio di eguaglianza, qualificandoli come «norme estremamente generiche con efficacia chiaramente programmatica». Soluzione ribaltata dalla Corte di cassazione, che viceversa ha confermato che «tali norme [...] impongono agli Stati contraenti veri e propri obblighi giuridici immediatamente vincolanti e, una volta introdotte nell'ordinamento statale interno, sono fonte di diritti ed obblighi per tutti i soggetti» [35]. Ma, a parte questo caso, è in materia di tutela della libertà personale e di equo processo che si colgono i limiti maggiori della giurisprudenza in esame. Con una significativa concordanza, sia le sezioni civili sia quelle penali della Corte di cassazione hanno escluso l'immediata applicabilità dell'art. 5, comma 5 in materia di equa riparazione per ingiusta carcerazione, rilevando che tale disposizione prevede solo un generico diritto alla riparazione, in modo da non prestarsi ad un'immediata applicazione, ma da costituire solo un vincolo per lo Stato [36]. Anche con riferimento alle ga-

---

[35] Cfr. rispettivamente Corte app. Firenze, sez. civ., I, 8 luglio 1994, n. 1177 e Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 1998, n. 6672, pubblicate entrambe in *Riv. dir. trib.*, 2000, II, 266 ss., con nota di V. MASTROIACOVO, *Una recente pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di successioni*, *ivi*, 275 ss.; v. anche A. MARZANATI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1380 ss.

Nella controversia veniva in contestazione la portata dell'art. 6, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 637 laddove stabilisce una determinazione differenziata della misura dell'imposta sulle successioni in relazione alla diversa entità dei patrimoni globalmente considerati. La Corte di cassazione negava il contrasto di tale norma con l'art. 14 e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, con una lettura che ha poi trovato conferma nella decisione del giudice di Strasburgo 22 giugno 1999, n. 46757 (le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono reperibili nel sito della Corte all'indirizzo internet *http//www.echr.coe.int*).

[36] Cfr. Cass. civ., sez. III, 12-01-1999, n. 254, in *Giust. civ.*, 1999, 2363: in questo caso la violazione e falsa applicazione dell'art. 5, comma 5 veniva fatta valere come motivo di impugnazione della sentenza d'appello che ne aveva negato l'immediata efficacia. La Suprema Corte, richiamandosi ai propri precedenti a partire dalla decisione *Polo Castro* (ma sul punto specifico al caso *Giovannini*, Cass. pen., sez. un., 29 maggio 1992, n. 2, in *Giust. pen.*, 1992, III, 1), ricorda che le norme della CEDU sono immediatamente applicabili «a condizione che contengano il modello di un atto interno completo in tutti i suoi elementi essenziali, tali cioè da poter senz'altro creare obblighi e diritti; ove, invece, l'atto internazionale non contenga detto modello, le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, perché si realizzino, di una specifica attività normativa dello Stato», sulla base di tali premesse « l'art. 5, n. 5 della Convenzione europea, in virtù del quale "ogni persona vittima di arresto o detenzione in violazione di una delle disposizioni del presente articolo ha diritto ad una riparazione" *prevede un generico diritto alla riparazione*, senza ulteriori specificazioni circa la disciplina di tale diritto, per cui la suindicata disposizione non si presta ad una applicazione immediata ed assume soltanto il valore di un impegno degli Stati contraenti a darvi attuazione, attraverso strumenti apprestati dal diritto interno». Di poco precedente è la decisione della Cass. pen., sez. VI, 28 luglio 1998, n. 1599 (in *Riv. pen.*, 1998, 770) che dichiara manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata rispetto all'art. 314, comma 2 c.p.p. in materia di riparazione per ingiusta detenzione, affermando – dopo aver ritenuto insufficienti i parametri costituzionali addotti – che «la stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che in-

ranzie del giusto processo permangono questioni controverse, sia quanto agli ambiti materiali di operatività, sia quanto alle specifiche garanzie [37]. La pubblicità delle udienze, ad esempio, ha trovato immediata applicazione rispetto al giudizio dinanzi alla sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, mentre anche di recente è stato escluso che la stessa rigorosa interpretazione del principio possa valere con riferimento al giudizio disciplinare dinanzi al Collegio dell'Ordine forense [38].

---

vece ha affrontato la questione, all'art. 5, comma 5 *contempla solo genericamente il «diritto ad una riparazione»*, senza ulteriori specificazioni. Ne deriva che, fermo restando l'impegno degli Stati contraenti a dare attuazione alla enunciazione, la sua disciplina è rimessa al diritto interno. In altri termini, l'evoluzione nel senso più ampio dell'equa riparazione può essere anche auspicata, ma nella sua estensione e nelle sue caratteristiche non risulta allo stato né costituzionalmente, né pattiziamente vincolata» (corsivo nostro). Si tratta di decisioni che si inseriscono in un indirizzo ormai consolidato, tra le molte si possono ricordare anche Cass. pen., sez. un., 29 maggio 1992, n. 2, cit.; Cass. pen., sez. II, 19 aprile 1991, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 816.

[37] In materia di diritto di difesa si possono ricordare: Cass. civ., sez. un., 3 ottobre 1996, n. 8639 sulla disciplina del procedimento disciplinare nei confronti dei magistrati, con particolare riferimento al problema della difesa tecnica, dove viene dichiarata la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale rispetto all'art. 6 CEDU, in quanto tale disposizione «*tutela genericamente il diritto di difesa*, che nel caso di specie non è stato conculcato» e Cass. pen., sez. IV, 15 febbraio 1989, n. 2333 (in *Riv. pen.*, 1989, 1222), dove rispetto al diritto all'autodifesa si afferma che la CEDU «pone una norma di *carattere programmatico* contenente un'affermazione di principio senza specifici precetti e, come tale, non rappresenta una modifica legislativa delle norme del vigente codice di rito né si pone in contrasto con esse, giacché non sancisce l'esistenza di un diritto primario all'autodifesa dell'imputato». Sulla pregiudizievole durata del giudizio v. Cass. civ., sez. III, 8 marzo 1997, n. 2106 (in *Mass. Foro it.*, 1997), ove si osserva, in ordine alla violazione dell'art. 6 della CEDU, che tale norma «*può essere soltanto fonte di responsabilità per lo Stato italiano*, che va fatta valere nei modi prescritti dalla stessa Convenzione e al di fuori del processo della cui celerità si discute – del quale lo Stato non è peraltro parte –, senza invalidare in qualsiasi modo il processo medesimo» (in termini analoghi anche Cass. 365/1985 e 251/1988). Infine sulla custodia cautelare v. Cass. pen., sez. I, 31 maggio 1997, n. 2550, che in riferimento alla sospensione dei termini esclude che vi sia un contrasto con la CEDU «in punto di "congruità dei tempi del processo", posto che l'applicazione immediata delle norme che modificano "*in peius*" la durata della custodia cautelare non è vietata dalle disposizioni di detta Convenzione relative alla durata del processo, *peraltro di natura programmatica*» e Cass. pen., sez. I, 28 maggio 1996, n. 2549 (in *Giust. pen.*, 1997, III, 239), che rispetto al rapporto tra la durata massima della custodia cautelare e il diritto sancito dall'art. 5, comma 3, di essere giudicato in tempi ragionevoli o rimesso in libertà, afferma che tale previsione «*per la sua genericità* deve ritenersi insuscettibile di inserimento automatico nell'ordinamento degli Stati contraenti e di immediata applicazione da parte degli organi giudiziari di questi, necessitando viceversa, per la sua realizzazione e completa applicabilità, di una specifica normativa statale che dia esecuzione alla direttiva pattizia, traducendola in disposizioni interne idonee a porsi come fonti regolatrici di rapporti giuridici e generatrici di obblighi e diritti soggettivi» (corsivo nostro).

[38] Cfr. la già citata sentenza Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 1999, n. 98, con riferimento al procedimento disciplinare a carico di avvocati e procuratori, che nega la possibilità di fonda-

Occorre dunque constatare che tendenzialmente i giudici comuni escludono l'immediata operatività delle norme di origine pattizia a causa della loro «genericità» e della loro «natura programmatica», senza cercare un completamento nella normativa interna e, soprattutto, senza riferirsi alla giurisprudenza europea per precisarne il significato e per trarre spunti, anche in chiave comparata, sui requisiti di applicabilità. La dottrina ha anzi evidenziato che in alcuni casi, anche di particolare rilievo, relativi alle garanzie processuali, la Corte di cassazione non ha fatto alcun riferimento alla CEDU, limitandosi a leggere la disciplina in chiave esclusivamente nazionale [39].

Si può passare a questo punto ad analizzare le decisioni in cui i giudici prendono in considerazione le norme di origine pattizia senza contestarne l'operatività. Tenendo conto della precisazione prima accennata, e cioè che la ricerca si è svolta prevalentemente su decisioni della Cassazione, si deve rilevare che nella maggior parte dei casi il richiamo alla CEDU, o autonomamente, oppure, più spesso, unitamente a specifiche norme della Costituzione, costituisce il motivo per contestare la legittimità della disciplina nazionale. Più rare sono le ipotesi in cui le norme di origine pattizia vengono in considerazione quale disciplina esclusiva della fattispecie [40].

Il primo ordine di problematiche emergenti da questa giurisprudenza è, dunque, quello inerente alle conseguenze dell'eventuale contrasto tra la normativa interna e la CEDU. Si tratta di una questione particolarmente complessa, che non

---

re direttamente sull'art. 6 della CEDU l'obbligo di pubblicità delle udienze (in termini analoghi già Cass. civ., sez. un., 1 ottobre 1986, n. 5827: in *Corriere giur.*, 1986, 1315). La stessa questione è stata proposta anche per il giudizio disciplinare innanzi al Consiglio dell'Ordine degli architetti, ma in mancanza di motivazione sul punto la Corte di cassazione non si è pronunciata: Cass. civ., sez. III, 12 luglio 1999, n. 7342 (in *Mass. Giur. it.*, 1999; nella sentenza tra l'altro vengono presi in esame altri profili dell'art. 6 di cui però è negata la violazione). La sentenza Cass. civ., sez. un., 10 luglio 1991, n. 7662 (in *Giust. civ.*, 1992, I, 742), ha invece riconosciuto l'effetto abrogativo dell'art. 6 della CEDU con riferimento all'art. 34 del d.p.r. n. 511 del 1946, che escludeva la pubblicità delle udienze di discussione della Sezione disciplinare del CSM (nello stesso senso la decisione della Sezione disciplinare del CSM, 5 luglio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 398, con nota di FORTUNA, *La pubblicità dell'udienza dibattimentale, nei procedimenti a carico dei magistrati dell'ordine giudiziario*).

[39] Il riferimento è alla decisione Cass. civ., sez. un., 15 ottobre 1999, n. 716, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3243, relativa al giudizio di equità innanzi al giudice di pace, sulla quale v. le considerazioni di A. ROTTOLA, *Sulla compatibilità del giudizio di equità necessario del giudice di pace nella configurazione datane dalle sezioni unite della cassazione con l'art. 6, al. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 688 ss.; ma si può ricordare anche la dec. Cass. pen., sez. un., 10 novembre 2000, n. 29 (in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 634), relativa all'interpretazione dell'art. 324 c.p.p. sulla notifica dell'avviso per l'udienza camerale all'imputato detenuto che non abbia sottoscritto la richiesta di riesame, ove l'argomentazione della Corte non contiene alcun riferimento alla Convenzione europea.

[40] Che tra l'altro, come accennato, hanno spesso portato alla negazione da parte della Cassazione della diretta applicabilità delle norme di origine pattizia.

sembra potersi esaurire nella logica e con le regole consuete del livello (cioè del regime di efficacia e validità) da attribuire alle norme di origine pattizia nell'ordine interno delle fonti. Non si deve trascurare, infatti, il rilievo delle peculiarità che – come si è messo in luce all'inizio – caratterizzano il «sistema CEDU»: per un verso esso presenta aspetti riconducibili agli strumenti internazionali di cooperazione intergovernativa, per altro verso implica esigenze e tecnicismi peculiari in ragione dei suoi specifici contenuti ed obiettivi (la tutela in concreto dei diritti umani secondo uno *standard* europeo uniforme), e ancora sovrappone alle forme usuali dell'obbligazione interstatuale la giurisdizione di un organo sovranazionale direttamente accessibile da parte dei singoli cittadini. In considerazione di ciò, non ci si è fermati ai criteri generalmente in uso per individuare la posizione delle norme derivate dall'adattamento al diritto internazionale pattizio [41], ma, in dottrina, non è mancato chi ha ritenuto invece che gli anzidetti caratteri della CEDU possano legittimare una forzatura di tali criteri affinché sia assicurata comunque la prevalenza dei diritti [42]; mentre la strada seguita dai giudici comuni, in caso di contrasto, è stata prevalentemente quella di rimettere la questione alla Corte costituzionale, cercando in vario modo di individuare una «copertura costituzionale» per le norme di esecuzione della CEDU o per il rispetto degli obblighi che ne derivano [43].

---

[41] Cfr. per tutti Antonio d'Atena che riconosce – con riferimento al diritto internazionale pattizio – come la produzione delle norme di adattamento derivi necessariamente dall'ordine d'esecuzione, il quale di conseguenza determina anche la loro collocazione nel sistema delle fonti, cosicché esse « – a seconda della forma che lo stesso, di volta in volta, rivest[e] – si collo[cano] a livello costituzionale, legislativo o regolamentare»: *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, spec. 6.

[42] In quest'ottica sembrano collocarsi le riflessioni di Antonio Ruggeri secondo cui «dove vi sia una copertura di valore possono saltare le sistemazioni usuali secondo forma» e ciò in particolare con riferimento alle «fonti di diritto internazionale costitutive (o ricognitive) di «nuovi» diritti, quale che sia la «tecnica» che ne consente l'immissione nel diritto interno»: A. RUGGERI, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 1993, spec. 201 e 194 e, analogamente, ID., *Fonti, norme, criteri ordinatori*, Torino, 1999, 130 ss.

[43] I tentativi di offrire una «copertura costituzionale» alla CEDU hanno seguito due diverse prospettive. Per un primo aspetto si è fatto riferimento alle norme relative al diritto internazionale: l'art. 11 e l'art. 10. Il richiamo in quest'ultimo caso è, ovviamente, alla disciplina prevista per il diritto internazionale generale, ma può valere anche per il secondo comma dell'art. 10, laddove è disciplinato il trattamento degli stranieri: l'attribuzione di uno speciale valore alla CEDU dovrebbe assumere un carattere generale anche per i cittadini, non potendosi pensare ad un trattamento di maggior favore per gli stranieri. Per un secondo aspetto ci si è invece richiamati alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, in particolare invocando una lettura dell'art. 2 Cost. come clausola aperta. Va tuttavia precisato che nessuna di queste soluzioni ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale, che invece ha sempre riaffermato il rango primario della CEDU. Cfr. per queste diverse ricostruzioni v. tra i molti P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. internaz.*, 1983, 306 ss.; G. RAIMONDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1990, 36 ss.; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più*

Occorre dunque accennare pur brevemente, tenuto conto del taglio del presente lavoro, alle soluzioni adottate dal giudice delle leggi, per poi confrontarle con le decisioni, in verità piuttosto rare, in cui i giudici comuni hanno invece preso direttamente posizione sul punto.

Al riguardo, si deve notare in linea generale che con riferimento alla CEDU la Corte costituzionale ha assunto un approccio «prudente», per non dire restrittivo, riconducibile ad una rigida impostazione dualista dei rapporti con il diritto internazionale pattizio. Il suo orientamento è definito e sintetizzato in particolare nella sent. n. 188 del 1980 – che viene poi richiamata quasi come una clausola di stile nelle sentenze più recenti –, dove si legge che «la Corte condivide il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria», con la conseguenza che viene esclusa «la stessa prospettabilità […] di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando […] le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametro di giudizio» [44]. Solo la sent. n. 10 del 1993 ha profilato una significativa apertura nel senso della prevalenza delle norme della CEDU sulla legislazione ordinaria, restando pur sempre sulla linea dei criteri regolativi dei rapporti tra le fonti, ma tentandone un adattamento al caso specifico. La decisione ribadisce, infatti, che tali norme «sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini d'esecuzione», precisando però che esse non possono «essere abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della l. delega del 16 febbraio 1987, n. 81 […], quanto, piuttosto, perché *si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile ad una competenza atipica* e, come tali, insuscettibili di abrogazione o modificazione da parte di disposizioni di legge ordina-

---

facce», in *Pol. dir.*, 1997, 349 ss. e ID., *La Corte corregge il giudice* a quo *o piuttosto … se stessa? In tema di "copertura" costituzionale della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giur. cost.*, 1999, 2301 ss.

[44] Cfr. Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188, in *Giur. cost.*, 1980, 1612 ss., spec. 1626-1627. L'impostazione in chiave dualistica dei rapporti con il diritto internazionale pattizio ha trovato conferma anche nella recente pronuncia sul caso *Baraldini*, relativa alla Convenzione sul trasferimento di persone condannate, sottoscritta a Strasburgo il 21 marzo 1983. Nella decisione n. 73/2001 si afferma, infatti, che «Le norme di diritto internazionale prive di un particolare fondamento costituzionale assumono invece nell'ordinamento nazionale il valore conferito loro dalla forza dell'atto che ne dà esecuzione. […] quando tale esecuzione è disposta con legge, il limite costituzionale vale nella sua interezza, alla stessa stregua di quanto accade per ogni altra legge. Sottoponendo a controllo di costituzionalità la legge di esecuzione del trattato, è possibile valutare la conformità alla Costituzione di quest'ultimo e addivenire eventualmente alla dichiarazione di incostituzionalità della legge di esecuzione, qualora essa immetta, e nella parte in cui immette, nell'ordinamento norme incompatibili con la Costituzione»: così Corte cost., 22 marzo 2001, n. 73, in *Giur. cost.*, 2001, 428 ss., con nota di D. ALBERGHINI, *Le norme internazionali pattizie di fronte alla Corte: questioni nuove?*

ria» [45]. La decisione tuttavia è carente – come è stato evidenziato in dottrina [46] – di una specifica motivazione in ordine alle ragioni giustificatrici e sui caratteri di tale atipicità [47]. Sembra dunque di dover supporre una incertezza o un dissenso al riguardo: e in effetti la Corte non ha più ripreso successivamente questa ipotesi ricostruttiva, la quale resta tuttavia da ricordare, rappresentando comunque – all'interno dell'anzidetta impostazione basata sui criteri regolativi dei rapporti tra le fonti – il tentativo più avanzato per garantire il rispetto delle Carte dei diritti di cui l'Italia è parte.

Una strada differente è stata tentata negli anni più recenti, cercando di passare ad un'impostazione incentrata piuttosto sui profili sostanziali, in particolare sottolineando (o recuperando) il ruolo della CEDU sul piano interpretativo. La più ampia apertura in questo senso si è realizzata con la sent. n. 388 del 1999, in cui la Corte ha affermato che, «indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale, mentre spetta al legislatore dare ad esse attuazione, è da rilevare che i diritti umani, garantiti anche da Convenzioni universali o regionali, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost., sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell'interpretazione» [48]. Come si vede, dunque, la questione di

---

[45] Corsivo nostro. Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, 52 ss., con nota di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*. Si deve ricordare che la legge delega 81/1987 per l'adozione del nuovo codice di procedura penale ha espressamente previsto all'art. 2 che «il codice di procedura penale deve […] adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale», facendo sì che la CEDU possa essere considerata come norma interposta nei giudizi di legittimità costituzionale. La Corte costituzionale nella decisione richiamata, tuttavia, sembra fare riferimento ad un profilo diverso e di carattere più generale.

[46] Ernesto Lupo, ad esempio, si chiede se tale specialità si giustifichi sul piano della procedura di adozione delle norme di adattamento o, invece, sulla materia dei diritti umani: *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, cit., 73.

[47] Va peraltro sottolineato che la dottrina internazionalistica sostiene da tempo una soluzione di questo tipo, basata sul riconoscimento della «specialità» che caratterizza le leggi di esecuzione. La disciplina successiva le potrebbe derogare solo se esprime, oltre alla volontà di disciplinare in modo diverso una certa materia, anche quella di revocare l'impegno assunto a livello internazionale di rispettare un determinato trattato: così B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 314 ss. e, con specifico riferimento alla CEDU, G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, 422 ss.

[48] Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991 ss., con note di C. PINEL-

un'eventuale copertura costituzionale speciale della CEDU non è rimessa in discussione (o forse, più semplicemente, è messa da canto), in quanto non pregiudica la possibilità, anzi, la netta opzione in favore di una sua più significativa utilizzazione in chiave interpretativa, anche da parte del giudice comune [49].

Ma, come si è anticipato, la giurisprudenza della Corte costituzionale, se ovviamente costituisce un riferimento della massima importanza, tuttavia non esaurisce il quadro. Vi assumono infatti un loro autonomo rilievo anche gli orientamenti dei giudici comuni, in particolare con riguardo alle ipotesi in cui essi, invece di adire la Corte costituzionale, hanno ritenuto di poter definire direttamente i rapporti tra disciplina interna e norme della (o derivate dalla) CEDU. In questi casi, peraltro, la questione viene affrontata necessariamente sul piano dell'efficacia di tali norme, ed in particolare della loro forza attiva e della loro resistenza passiva all'abrogazione. Sotto il primo aspetto, salve alcune resistenze iniziali, è stata ovviamente riconosciuta l'idoneità delle norme della Convenzione ad abrogare la legislazione anteriore in contrasto [50]. Più complesso è invece il rapporto con le norme successive.

LI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2997 ss. e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, *ivi*, 3001 ss. Gustavo Zagrebelsky ha rilevato come in tale considerazione è insita la possibilità di rovesciare l'attuale ricostruzione del ruolo della CEDU nell'ordinamento italiano, che parte dal presupposto della sua carenza di valore costituzionale: così nella lezione su «*Corti europee e corti nazionali*», svolta presso l'Università Luiss di Roma il 12 gennaio 2001. Non è mancato, invece, chi ha posto l'accento sulla conferma da parte del giudice costituzionale del rango legislativo della CEDU, criticando anzi l'eccessiva apertura sul piano interpretativo: cfr. M. LUCIANI, *I trattati non sono la Costituzione*, in *Italia Oggi*, 25 ottobre 1999, 34 e, più in generale, A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35 ss.

[49] Anche in questo caso, l'apertura manifestata dalla Corte costituzionale non sembra trovare particolare riscontro nella giurisprudenza successiva, in cui il richiamo alla CEDU torna ad essere meramente formale. Si possono ricordare ad esempio le motivazioni della dec. n. 376 del 2000, in materia di espulsione, in cui la Corte riconosce che il principio di protezione dell'unità familiare posto alla base della declaratoria di illegittimità della norma impugnata trova riconoscimento non solo nella nostra Costituzione, ma anche nelle disposizioni di trattati internazionali ratificati dall'Italia (tra cui anche gli artt. 8 e 12 della CEDU). Dal complesso delle norme internazionali richiamate ad avviso della Corte «emerge un principio, pienamente rinvenibile negli artt. 29 e 30 Cost., in base al quale alla famiglia deve essere riconosciuta la più ampia protezione ed assistenza …»: non vi è dunque alcun cenno all'ipotesi dell'integrazione dei cataloghi affermata nella decisione del 1999. Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 2000, n. 376, in *Giur. cost.*, 2000, 2675 ss.

[50] Costruzioni riduttive si sono avute nella giurisprudenza più risalente, in connessione alla circostanza del carattere non *self-executing* assegnato al trattato (Cass. civ., sez. un., 25 marzo 1988, n. 251: in *Foro it.*, 1988, I, 1377). Per l'affermazione dell'effetto abrogativo della CEDU v., per tutte, la già citata decisione Cass. civ., sez. un., 10 luglio 1991, n. 7662, per la quale l'art. 6 della CEDU ha comportato la tacita abrogazione dell'art. 34 del d.p.r. n. 511 del 1946 che escludeva la pubblicità delle udienze di discussione della Sezione disciplinare del CSM.

Al riguardo, sembra dominante il riscontro che le indicazioni della citata sent. n. 188 del 1990 della Corte costituzionale trovano nelle decisioni dei giudici di legittimità in cui si afferma il valore di legge ordinaria delle norme derivate dall'adattamento alla CEDU, pur cercando di recuperarne il ruolo sul piano dell'interpretazione [51]. Va notato tuttavia che anche rispetto al rapporto tra le fonti si può individuare un momento di passaggio nell'evoluzione della giurisprudenza comune, che può farsi coincidere con la sentenza *Medrano* del 1993 [52]. La decisione, come la dottrina non ha mancato di mettere in luce, è di poco successiva alla n. 10 del 1993 della Corte costituzionale e sembra prendere spunto da tale apertura, seppur con motivazioni non del tutto convincenti.

Con riserva di ritornare successivamente sugli aspetti sostanziali della decisione, è importante qui rilevare il modo in cui la Cassazione ha motivato sul punto della resistenza passiva delle norme derivate dalla CEDU. Partendo dal riconoscimento della loro immediata applicazione, affermata nella decisione *Polo Castro*, i giudici di legittimità si sono interrogati sui «rapporti tra tali disposizioni e la normativa ordinaria (di pari grado e di eguale competenza) a tali disposizioni successiva»; ed hanno riconosciuto una «particolare forza di resistenza della normativa di origine convenzionale rispetto alla normativa ordinaria successiva», ricollegandola «alla natura di principi fondamentali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta, in conseguenza del loro inserimento nell'ordinamento italiano». Tale qualificazione, che peraltro già di per sé non appare decisiva ai fini della inabrogabilità di siffatti «principi», suscita perplessità anche quanto all'argomentazione svolta dalla Corte per giustificarla: essa infatti viene ricollegata al rilievo assunto dalle norme della CEDU sul piano del diritto comunitario attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, quasi che la posizione della CEDU nel diritto interno derivi indirettamente dal suo essere parte di quello comunitario [53]. Si tratta di una soluzione difficilmente

---

[51] Si può richiamare a titolo d'esempio Cass. pen., sez. un., 26 aprile 1990, in cui viene testualmente citata la decisione della Corte costituzionale 188/1980, ma nello stesso tempo si mette in luce come le norme della Convenzione (in realtà la Corte fa riferimento a quelle che non si prestano ad un'applicazione immediata «per la loro genericità ed astrattezza») «hanno un valore programmatico per il legislatore nazionale e si impongono, in ogni caso, come criteri di lettura e di interpretazione della Costituzione e delle leggi ordinarie»: in *Cass. pen.*, 1991, 389 ss.

[52] Cass. pen., sez. I, 10 luglio 1993, in *Riv. dir. internaz.*, 1994, 530 ss.

[53] La Corte afferma in particolare che, se tale qualificazione era già giustificabile sulla base dell'art. 2 Cost., ora però la Corte di giustizia delle Comunità europee, nel momento in cui ha stabilito di tenere conto nella propria giurisprudenza dei principi generali del diritto sanciti dalla CEDU, «ha, in effetti, chiarito che di tali principi avrebbero già dovuto tener conto i giudici nazionali». Questa ricostruzione non ha mancato di suscitare i dubbi della dottrina quanto all'opportunità del riferimento all'ordinamento comunitario per giustificare una speciale «resistenza passiva» delle norme derivate dall'adattamento alla CEDU: v. per tutti P. Pustorino, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uo-*

sostenibile, che da un lato appare riduttiva del significato della partecipazione dell'Italia al sistema istituito dal Consiglio d'Europa e, dall'altro, potrebbe condurre a problemi di coordinamento sul piano dei rapporti con le due Corti europee [54].

Nella giurisprudenza successiva non si riscontrano tentativi di fondare altrimenti la resistenza delle norme di origine pattizia rispetto all'abrogazione da parte della legislazione ordinaria posteriore. Ci si attiene in genere all'affermazione del carattere atipico della fonte, secondo quanto indicato dalla Corte costituzionale nella decisione n. 10 del 1993 [55], ma nonostante questa affermazione i giudici non giungono a disapplicare la normativa interna, cercando piuttosto di risol-

---

mo nell'ordinamento italiano, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, 23 ss. e G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., spec. 429.

Può ricordarsi che una ricostruzione analoga, che giustifica l'applicazione delle norme CEDU per il tramite del diritto comunitario, è stata proposta in Irlanda, ma la motivazione è molto differente. L'Irlanda – com'è noto – è l'unico Stato membro a non aver incorporato la CEDU nel diritto interno e, dunque, il riferimento ai principi fondamentali del diritto comunitario costituisce l'unica strada, seppur indiretta, attraverso cui in alcuni casi le norme della CEDU possono assumere rilievo dinanzi ai giudici nazionali: v. ad esempio A. CONNELLY, *Ireland and the European Convention*, in AA.VV., *Human Rights and the European Convention*, a cura di B. DICKSON, London, 1997, 185 ss.

[54] In realtà il problema del rapporto con il diritto comunitario è più complesso, nel senso che in alcuni casi le norme della Convenzione possono venire in applicazione nel diritto interno proprio nelle materie di competenza comunitaria e quindi per il tramite del diritto comunitario. Ciò determina, dunque, la possibilità che l'eventuale contrasto con la normativa interna sia sottoposto al controllo dei giudici di Lussemburgo. È il caso ad esempio della recente ordinanza con cui il TAR Lombardia ha rinviato alla Corte di giustizia la questione relativa alla disapplicazione delle clausole di un bando di gara perché in contrasto, tra l'altro, con il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della CEDU e fatto proprio dall'art. 6, comma 2 del Trattato (TAR Lombardia (Milano), sez. III, 8 agosto 2000, n. 234, in *Urbanistica e appalti*, 2000, 1243, nonché in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1166, con nota di C. LEONE, *Diritto comunitario ed atti amministrativi nazionali*, *ivi*, 1174 ss.); una questione analoga è stata ritenuta infondata dalla Corte di cassazione con riferimento alla disciplina della conversione dei contratti di mezzadria in contratti d'affitto, che il ricorrente riteneva in contrasto con la disciplina comunitaria e con l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU (Corte cass., sez. civ., III, 22 giugno 1994, n. 6012, in *Riv. dir. agr.*, 1995, II, 27 ss.). Tra l'altro, a conferma dei complessi problemi che si pongono per l'interrelazione tra i diversi sistemi, va pure notato che la decisione interna adottata a seguito del rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, potrebbe dare poi motivo di ricorso per il singolo dinanzi ai giudici di Strasburgo.

[55] Così, ad esempio, TAR Lombardia, III, 11 aprile 1996, n. 463, in *Corr. giuridico*, 1996, 935 ss., con commento di V. TAVORMINA e, da ultimo, Cass. civ., sez. I, 20 febbraio 1998, n. 6672, cit., che richiama il precedente della Corte costituzionale, v. le annotazioni critiche di A. MARZANATI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento interno*, cit., *passim*. Per il richiamo al diritto comunitario anche alcune recenti decisioni della Corte d'appello di Genova, annotate da P. IVALDI, in *Bollettino ligure di giurisprudenza del lavoro e della previdenza sociale*, febbraio 2001.

vere comunque il contrasto sul piano interpretativo. Anzi, si può rilevare che proprio nelle decisioni in cui i giudici comuni affrontano direttamente il problema del rapporto tra le fonti, con il riconoscimento della pariordinazione oppure della prevalenza della Convenzione, si ritrovano i tentativi più articolati di ricostruzione del significato delle norme interne in modo da renderle compatibili con i principi della Convenzione, anche attraverso un'attenta analisi della giurisprudenza di Strasburgo [56].

Di gran lunga più numerosi sono i casi in cui, invece, i giudici non affrontano direttamente i problemi di ricostruzione generale, limitandosi a verificare l'eventuale violazione delle norme della CEDU da parte della legislazione nazionale nella prospettiva dell'eventuale instaurazione del giudizio di legittimità costituzionale. Con riguardo a questa impostazione, si possono mettere in luce alcuni aspetti di un certo interesse. Va notato anzitutto che le norme della CEDU, quando sono citate insieme a quelle costituzionali, non sembrano assumere autonomo rilievo, neppure sul piano interpretativo. In alcuni casi nella motivazione della decisione il richiamo alle norme di origine pattizia non viene neppure riproposto, limitandosi la verifica a quelle costituzionali [57]. È quasi scontato notate che sul piano dell'argomentazione, a fronte di riferimenti anche molto articolati alla giurisprudenza della Corte costituzionale, non vi è alcun cenno alla giurisprudenza europea [58].

---

[56] Si può ricordare il caso della già citata decisione *Medrano*, ma anche altre ipotesi in cui la Corte di cassazione si è interrogata sulla collocazione delle norme di origine pattizia nel sistema delle fonti. Valga per tutte la sentenza *Vierin*, in cui pur attribuendo a tali norma – secondo la ricostruzione più diffusa – il valore di legge ordinaria, il giudice di legittimità ha considerato con particolare attenzione l'interpretaione che di tali norme ha dato la Corte di Strasburgo: Cass. pen., sez. un., 26 aprile 1990, in *Cass. pen.*, 1991, 389 ss.

[57] Si può ricordare, ad esempio, Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2001, n. 12345 (in *Mass. Foro it.*, 2001), relativo all'impugnazione delle delibere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, in cui il ricorrente fa valere la violazione dell'art. 6 della CEDU e all'art. 111 Cost., mentre nella motivazione la Corte di cassazione si riferisce esclusivamente ai principi costituzionali (analogamente Cass. pen., sez. un., 7 febbraio 2001, n. 36).

Considerazioni simili sono state svolte per i giudici amministrativi: v. G. Greco, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 25 ss., che ricorda un episodio in materia di vincoli preordinati all'espropriazione, in cui la sez. IV del Consiglio di Stato aveva proposto una questione di legittimità costituzionale con riferimento anche alle norme della CEDU e alla giurisprudenza di Strasburgo. L'Adunanza plenaria, investita del problema ha scelto di rimettere la questione alla Corte costituzionale, senza alcun riferimento alla CEDU e nello stesso senso, di conseguenza, si è pronunciato il giudice delle leggi (*ivi*, 40-41).

[58] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 aprile 2001, n. 15861, sulla mancata attribuzione del potere di ricusazione anche alla persona offesa dal reato (in cui ci si limita ad affermare che «l'art. 111 impone al legislatore di assicurare alla parte un giudice terzo ed imparziale, non diversamente, del resto, da quanto previsto dall'art. 6 della CEDU […]; garanzia comunque limitata alla sede processuale e non estesa alla fase delle indagini preliminari»; e tutta l'argomentazione è ricostruita sulla base delle decisioni della Corte costituzionale); Cass. pen., sez. un., 5 aprile

Anche nei casi in cui l'esclusivo parametro di controllo è costituito dalla CEDU non emerge nelle decisioni dei giudici di legittimità un particolare approfondimento con riguardo agli orientamenti sviluppati a livello sovranazionale [59]. Si può ricordare, a titolo d'esempio, la questione relativa all'interpretazione dell'art. 160 c.p.p. in ordine all'efficacia interruttiva del decreto di citazione a giudizio, che ha portato ad una recente pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione

---

2001, n. 3, sulla decorrenza del termine *ex* art. 27 c.p.p. per l'emissione di una nuova ordinanza applicativa della misura restrittiva (dove, per sostenere la sua interpretazione della disposizione, la Corte rileva come «nel bilanciamento tra le esigenze organizzative degli uffici giudiziari, da un lato, e il diritto della persona colpita dalla misura restrittiva ad ottenere un rapido riesame della sua posizione, dall'altro, non sia quest'ultimo a dover prevalere, nel rispetto degli artt. 13 comma 1, 111 comma 2, Cost., 5, comma 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 9, comma 4 del Patto internazionale sui diritti civili e politici», anche in questo caso argomentando sulla base della giurisprudenza interna); Cass. civ., sez. III, 9 giugno 1999, n. 5694 (in *Danno e resp.*, 1999, 1213), che rigetta la questione di legittimità con riferimento alla prescrizione e alla garanzia dei diritti dei minori, riconoscendo che la disciplina nazionale non presenta alcun aspetto di conflittualità con le esigenze di tutela di cui all'art. 6 della CEDU (ma la ricostruzione avviene sempre con riferimento alle norme nazionali: anzi, circa la «supposta imprescrittibilità limitata dei diritti del minore, come principio generale del diritto sostanziale ispirato, si assume, dalle ricordate norme internazionali recepite nel diritto interno», la Corte si limita ad affermare che «tale ispirazione, peraltro, non risulta affatto espressa da tali norme, anche se, in via evolutiva, se ne deve ammettere sempre più il contenuto precettivo e vincolante per il giudice nazionale»); Cass. civ., sez. III, 12 giugno 1999, n. 5819 (in *Mass. Giur. it.*, 1999), sul funzionamento della Commissione centrale per gli esercenti le attività sanitarie e sulla sua eventuale qualificazione come collegio perfetto.

[59] Si possono ricordare Cass. pen., sez. IV, 4 agosto 2000, n. 2748 (in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 507), sulla necessità di redigere l'ordinanza di custodia cautelare nella lingua conosciuta dall'indagato; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 1999, n. 10786 (in *Mass. Giur. it.*, 1999) in materia diritto del figlio ed esercizio dell'azione di disconoscimento di paternità, dove si afferma che non rileva (per giustificare una supposta illegittimità della disciplina nazionale) l'art. 6 della CEDU che prevede il diritto ad un processo equo, dinanzi ad un giudice imparziale, «posto che le norme vigenti sono in grado di assicurare al minore – per le ragioni sin qui illustrate – la massima tutela per ottenere l'accertamento giudiziale della paternità naturale»; Cass. civ., sez. un., 5 febbraio 1999, n. 39 (in *Giust. civ.*, 1999, I, 2718 ss.), sempre in materia di giudizio del Consiglio nazionale forense, ove viene esclusa la violazione dell'art. 6 CEDU con riferimento alla mancata qualificazione dell'organo come collegio perfetto: dopo aver argomentato sulla base della giurisprudenza costituzionale, la Corte conclude che «non si configura nemmeno la denunziata violazione dell'art. 6 della Dichiarazione ratificata con la l. 4 agosto 1955 n. 848, perché è pienamente rispettato il diritto di ogni uomo ad essere giudicato da un *tribunal indépendant et impartial*, *établi par la loi*»; Cass. civ., sez. III, 4 luglio 1997, n. 6039 (in *Foro it.*, 1997, I, 2853) in materia assicurativa e tutela della riservatezza rispetto alle informazioni fornite alla compagnia assicuratrice ove la Corte, esclusa la violazione del diritto interno, si limita a confermare la «valutazione del tutto congrua, e che sotto altro profilo appare assorbita dalla considerazione che, nell'ambito del diritto alla riservatezza, contemplato positivamente dall'art. 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo, deve escludersi un obbligo di esplicitare propri comportamenti pregressi illeciti o disonorevoli al contraente con il quale si vuole stipulare un contratto assicurativo».

penale, a fronte dello sviluppo di due linee interpretative contrapposte, proprio sulla base dell'applicazione e dell'interpretazione dell'art. 6 della CEDU. Da un lato, si sosteneva che l'effetto interruttivo dipendesse dalla notificazione del decreto agli imputati nei termini, quale strumento che concorre a garantire la durata ragionevole del processo penale [60]. Dall'altro, si poneva l'accento sul carattere sostanziale e non processuale della prescrizione, finalizzata ad individuare la persistenza dell'interesse dello Stato alla punizione dell'autore della condotta illecita, laddove in quest'ultima prospettiva non varrebbe il richiamo all'art. 6, posto che comunque all'emanazione dell'atto di citazione segue necessariamente la sua comunicazione all'imputato [61]. Nella decisione n. 13390 del 1998 le Sezioni unite hanno confermato l'orientamento fondato «sul «dogma» della natura sostanziale e non processuale dell'istituto della prescrizione in materia penale», affermando, quanto all'asserita violazione della CEDU, che «appare assai azzardato, secondo questo Collegio, far discendere, come ineluttabile conseguenza precettiva dall'art. 6, comma 3 della Convenzione, la regola della necessaria notificazione dell'atto interruttivo della prescrizione, stante l'assoluta genericità del testo della Convenzione sul punto; specie quando nell'ordinamento interno sia posta una disciplina normativa (quella dell'art. 160 c.p.p.) dotata di specificità, e per di più tassativa» [62].

Più in generale, si può dire che l'argomentazione della Corte di cassazione si snoda, nelle diverse decisioni richiamate, essenzialmente con riferimento al dato normativo e alle ricostruzioni concettuali elaborate nell'ordinamento interno, senza che la portata dell'art. 6 della CEDU venga dettagliata attraverso il riferimento alla giurisprudenza europea.

Neppure l'analisi delle decisioni in cui i giudici fanno immediato riferimento alla CEDU per fondare le pretese del singolo porta a conclusioni significativamente differenti. Si può richiamare, a titolo d'esempio, il caso dell'art. 8 sul diritto alla riservatezza, che spesso viene applicato – soprattutto dai giudici amministrativi – come limite al diritto d'accesso ai documenti previsto dalla l. n. 241 del 1990. La norma pattizia viene utilizzata per confermare la sussistenza del diritto, che, oltre a trovare fondamento nell'art. 2 Cost., «è riconosciuto espressamente anche in alcuni atti internazionali, tra i quali la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», senza alcun riferimento alle peculiarità dello strumento [63].

---

[60] Ad inaugurare questo orientamento è la decisione della Cass. pen., I sez., 24 maggio 1986, n. 4216 (in *Giust. pen.*, 1988, III, 18).

[61] Sul punto erano già intervenute le Sezioni unite con la dec. 31 marzo 1994, n. 3760, in *Foro it.*, II, 403 e in *Dir. e pratica trib.*, 1995, II, 1076, con nota di V. D'AMBRA, *ivi*, 1080 ss.

[62] Cfr. Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 1998, n. 13390.

[63] Così Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 1995, n. 12, in *Cons. Stato*, 1995, 65 ss.; analogamente TAR, Umbria, 5 marzo 1995, n. 83, in *Trib. amm. reg.*, 1995, 2410 ss.; TAR, Lazio, 17 luglio 1998, n. 1854, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 2970. In materia diversa v. anche le decisioni

Tale approccio potrebbe essere letto come un segno di maggiore apertura, a significare che la CEDU oramai costituisce un elemento naturale dello strumentario del giudice: ma non si devono dimenticare i rischi che possono derivare da una lettura che prescinda dal riferimento al sistema sovranazionale.

Il fatto che l'attenzione dei giudici sia prevalentemente concentrata sul sistema nazionale può in effetti portare a situazioni particolarmente problematiche nei casi in cui una determinata disciplina superi il vaglio dei giudici interni e, in particolare, della Corte costituzionale, per essere successivamente «condannata» dalla Corte di Strasburgo. L'esempio più recente è costituito dalla figura della cosiddetta «accessione invertita», che la Corte costituzionale aveva sostanzialmente legittimato nelle decisioni in materia di indennizzo, limitandosi ad affermare, rispetto all'eventuale violazione della CEDU, che le norme pattizie «nulla aggiungevano» alle previsioni costituzionali in materia di diritto di proprietà. Tale impostazione era stata ripresa – seppur con una motivazione più articolata, che cercava di tenere conto anche delle decisioni di condanna già pronunciate a livello europeo – dalla Corte di cassazione, la quale comunque concludeva nel senso che «l'occupazione appropriativa non viola la Convenzione in rapporto alla tutela del diritto di proprietà». In maniera completamente opposta invece l'intera vicenda è stata ricostruita dalla Corte di Strasburgo, che ha accertato la lesione dell'art. 1 del primo Protocollo [64]. Si tratta di situazioni problematiche, del resto verificatesi anche in altri ordinamenti [65], che appaiono in realtà sostanzial-

---

del TAR della Lombardia che ha giustificato attraverso il richiamo agli artt. 6 e 13 della CEDU la disposizione di una consulenza tecnica d'ufficio in relazione ad atti espressione di discrezionalità tecnica: da ultimo TAR, Lombardia (Milano), sez. III, 12 maggio 1997, 586, in *Foro amm.*, 1997, 1725 ss., con nota di L.R. PERFETTI, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ivi*, 1727 ss.

[64] La vicenda complessiva è ricostruita, con il richiamo del testo delle decisioni, da S. BONATTI, *Il crepuscolo dell'occupazione acquisitiva*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1077 ss., v. anche R. INVERNIZZI, *Accessione invertita e CEDU: punti di vista*, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, 595 ss. In altri casi la valutazione dei giudici interni e di quelli sovranazionali converge, come nel caso già richiamato del rapporto tra l'art. 1 del primo Protocollo e l'art. 6 del d.p.r. n. 632 del 1970 (v. *supra*, nota 35), ma l'assenza di richiami alla giurisprudenza europea non può che lasciare aperto il dubbio sul carattere casuale di tale sintonia.

[65] Una situazione simile si è verificata di recente anche in Francia. In realtà, nel caso francese, la situazione è resa più complessa dal carattere preventivo del controllo di costituzionalità e dal rifiuto da parte del Consiglio costituzionale di verificare il rispetto dei trattati internazionale (che come accennato in quel ordinamento si collocano a livello super-legislativo), sicché i giudici comuni, attraverso il cosiddetto controllo di convenzionalità, disapplicano la disciplina interna in contrasto con le norme di origine pattizia. Si può, dunque, verificare che sulle stesse norme si incrocino il controllo preventivo ad opera del *Conseil*, sulla base della Costituzione, e quello successivo del giudice comune, in forza della CEDU. Si può ricordare, ad esempio, la giurisprudenza in materia di *validation législatives*. In questo ambito sono intervenuti sia il giudice costituzionale, sia la Corte di Strasburgo, tanto che la dottrina aveva sottolineato la chiara correlazione tra la pronuncia di condanna del 28 ottobre 1999 del giudice europeo e le successive decisioni 99-422 e 99-425 del Consiglio costituzionale, che pur ri-

mente connaturate al funzionamento del sistema, ma in relazione alle quali si perviene a sviluppi particolarmente insidiosi. Il giudice europeo ha riconosciuto infatti la propria competenza a sindacare ogni aspetto del sistema ordinamentale nazionale [66], comprese le decisioni delle Corti costituzionali: ma è evidente che in questi casi il giudice comune si trova stretto tra l'interpretazione del giudice di Strasburgo e quella della propria Corte costituzionale nazionale, e proprio in conseguenza della peculiare natura delle norme della CEDU, che vivono nell'ordinamento interno ma nello stesso tempo sono continuamente plasmate dalla giurisprudenza sovranazionale. Pur – come si è visto – possibili, queste ipotesi vanno considerate come casi limite affinché non sia messa a rischio la tenuta dell'intero sistema. Il riconoscimento di tale eventualità conferma ancora una volta la centralità, per il funzionamento del modello di garanzia, del dialogo fra le Corti, ove i giudici nazionali possono offrire spunti di riflessione a fronte di situazioni nuove e la Corte di Strasburgo si fa garante affinché il «margine di apprezzamento» lasciato agli organi statali nel momento dell'applicazione delle norme della Convenzione non porti ad una «liberté à double vitesse» [67].

5. I giudici comuni e la Corte di Lussemburgo

Il rapporto tra i giudici comuni e la Corte di Lussemburgo si colloca, come accennato, in un quadro molto più strutturato e formalizzato, sotto entrambi i profili che si sono presi a punto di riferimento: la posizione del diritto comunitario nell'ordinamento interno e i rapporti tra gli organi giurisdizionali. L'art. 11 Cost.,

chiamando le norme del blocco di costituzionalità, sembravano tenere conto dell'interpretazione sovranazionale. Nonostante questo tentativo di coordinamento, pochi anni dopo una *loi de validation* riconosciuta conforme alla Costituzione è stata, tuttavia, disapplicata dalla Corte di cassazione, proprio per la violazione dei principi della preminenza del diritto e del giusto processo, così come interpretati dalla Corte europea nella sentenza appena citata (cfr. Corte cass., sez. sociale, 25 aprile 2001, *Association Être enfant au Chesnay* c. *Terki*; su questi aspetti B. Mathieu, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle*, in *RFDA*, 2000, 289 ss. e J.-Y. Frouin-B. Mathieu, *Devant la Cour de cassation*, *ivi*, 2001, 1057).

[66] Tale approccio è stato, da ultimo, esplicitato nella decisione *Partito comunista turco* c. *Turchia*, con l'affermazione secondo cui l'art. 1 della CEDU «*ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la* "juridiction" *des États membres à l'empire de la Convention*»: intendendo così tutte le forme di manifestazione dell'autorità statale. La decisione è pubblicata in *Rev. trim. dr. h.*, 1999, 301 ss., con osservazione di B. Duarté, *Les partis politiques*, *la démocratie et la Convention européenne des droits de l'homme*, *ivi*, 314 ss.

[67] Così G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme et les systèmes nationaux des États contractants*, cit., spec. 397.

nonostante le difficoltà evidenziate dalla dottrina [68], ha consentito di giustificare i principi del primato e dell'efficacia diretta della normativa comunitaria [69], con la conseguente affermazione del dovere di ciascun giudice di assicurarne il rispetto, anche attraverso la non applicazione della normativa interna in contrasto [70].

L'analisi delle decisioni, anche in questo caso prevalentemente della Corte di cassazione, dà conferma della chiarezza con cui questo quadro si è consolidato nella percezione che i giudici nazionali hanno del loro ruolo rispetto al sistema comunitario. Nelle sentenze si trova la dettagliata ricostruzione dei rapporti tra gli ordinamenti, con ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia che ha concorso a definirne i tratti essenziali [71].

---

[68] Non si possono richiamare in questa sede le note riflessioni della dottrina sia internazionalistica, sia costituzionalistica sui problemi relativi alla giustificazione dei peculiari rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale alla luce dell'art. 11 Cost. Del resto, l'analisi comparata evidenzia come in molti degli Stati membri dell'Unione siano state attuate significative riforme costituzionali per adeguare il proprio ordinamento costituzionale alle esigenze del processo di integrazione europea. Si possono ricordare, tra gli altri, il caso francese, che ha portato all'introduzione di uno specifico capo nel testo costituzionale dedicato a «le Comunità europee e l'Unione Europea» e quello tedesco con la modifica dell'art. 23 della Legge fondamentale; ultima in ordine di tempo è la Grecia, che con la riforma costituzionale del 6 aprile 2001 ha integrato l'art. 28 Cost. per favorire l'adeguamento al diritto comunitario. Si può ricordare per tutti l'efficace immagine di Luigi Ferrari Bravo secondo cui «in Italia, invece, l'Europa continua a sedere su uno strapuntino, appunto l'art. 11. Crescendo il peso dell'Europa, prima o poi, lo strapuntino si romperà»: in L. FERRARI BRAVO-E. MOAVERO MILANESI, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000, spec. 172. Su questi profili v. da ultimo le considerazioni di G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. FERRARI, cit., 1 ss.

[69] La definizione dei rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno sulla scorta dei principi enucleati dalla Corte di giustizia è ormai consolidata, anche al di là delle impostazioni teoriche in chiave di gerarchia o di competenza, o, come si è da ultimo proposto, di preferenza: v. sul punto M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., spec. 173 ss.

[70] Le diverse ricostruzioni dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, hanno poi inciso sulla qualificazione del fenomeno in termini di disapplicazione o non applicazione del primo nel caso di contrasto. Indipendentemente dai profili teorici, rimane confermata la conseguenza che è comunque quella di garantire la prevalenza del diritto comunitario: v. A. CELOTTO, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1473 ss.

Non è il caso di ripercorrere le tappe attraverso cui si è progressivamente sviluppato il rapporto diretto tra giudice comunitario e giudice interno, che – come accennato all'inizio – fa di quest'ultimo il primo gradino del sistema giurisdizionale di un ordinamento diverso.

[71] In una decisione in materia di lavoro notturno delle donne, ad esempio, la Cassazione penale ricostruisce approfonditamente le fasi dell'adeguamento dell'ordinamento italiano alla direttiva del Consiglio 76/207/CEE sulla parità tra uomo e donna, soffermandosi sulle relazioni tra i sistemi così come interpretate dalla Corte costituzionale: in ordine ai rapporti tra le fonti, al ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia, alla diretta applicabilità delle di-

Altrettanto esplicito è il riconoscimento delle «funzioni comunitarie» del giudice nazionale e del significato che lo stesso deve attribuire, nei settori materiali di competenza, alle norme di origine sovranazionale. Sono le Sezioni unite della Cassazione civile ad affermare che «il giudice della nomofilachia deve essere particolarmente attento [al tessuto normativo europeo] per accertare, in sede di legittimità, l'esistenza o meno di una violazione dell'ordinamento comunitario che si concretizza in una vera e propria violazione di legge a tutti gli effetti» [72].

All'interno di questo contesto generale, si possono individuare – come già accennato – alcuni profili la cui analisi permette un maggior approfondimento delle dinamiche effettive del rapporto tra organi giurisdizionali: si tratta, da un lato, del tema della diretta applicabilità delle direttive non attuate e, dall'altro, di quello dell'utilizzazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia previsto dall'art. 234 del Trattato.

Iniziamo dal primo aspetto. Con una sorta di parallelismo rispetto alla ricerca svolta in ordine alla CEDU, può essere interessante verificare quale interpretazione i giudici interni diano del concetto di diretta applicabilità, o meglio, di effetti diretti del diritto comunitario [73]. Si tratta di un principio affermato dalla

---

rettive non recepite: Cass. pen., sez. III, 6 agosto 1999, n. 9983 (in *Riv. pen.*, 1999, 848); analogamente nella dec. Cass. civ., sez. I, 22 aprile 1999, n. 3999 (in *Foro it.*, 1999, I, 1787), il collegio richiama i principi affermati dalla Corte costituzionale nella dec. n. 170 del 1984 ed oramai «radicati nel sistema», in forza dei quali «i regolamenti, come le altre norme comunitarie produttive di effetti diretti entrano e permangono nell'ordinamento interno, e la loro efficacia non può essere intaccata dalla legge nazionale. Il primato del diritto comunitario si traduce, infatti, nella inapplicabilità della normativa nazionale, sia precedente o successiva, contrastante con quella comunitaria; ma non comporta la caducazione o l'abrogazione della norma statale, che non ne resta inficiata nella sua validità. Anche quando sia confliggente con quella comunitaria, o sia introdotta successivamente nell'ordinamento. In tal caso, infatti, il trattamento giuridico della fattispecie resta attratto (*ratione materiae*) nell'ambito di applicazione della normativa comunitaria, realizzandosi, così, l'adeguamento automatico dei due ordinamenti, demandato al controllo del giudice».

[72] Così Cass. civ., sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 799 ss., in sede di regolamento di giurisdizione in materia di appalti, in ordine all'annullamento della delibera di aggiudicazione. Nella propria argomentazione il giudice di legittimità ripercorre «il *trend* normativo sugli appalti a rilevanza comunitaria», richiamando le direttive e i provvedimenti interni di attuazione, al fine di giustificare – alla luce della normativa comunitaria – il riparto di giurisdizione disposto dal legislatore nazionale. In un'altra decisione, in cui veniva posta in luce la funzione nomofilattica delle decisioni interpretative della Corte di giustizia, sia ribadiva il «dovere del giudice nazionale "di ultima istanza" in quanto fattore istituzionale di "diritto comunitario vivente" nell'ordinamento interno, di investire la Corte della questione di interpretazione»: Cass. civ., sez. I, 14 settembre 1999, n. 9813, in *Foro it.*, 2000, I, 1668.

[73] Anche in questo caso si rende necessaria una precisazione terminologica. In genere viene utilizzata per le norme comunitarie la locuzione «diretta applicabilità», che però il Trattato istitutivo riserva esclusivamente ai regolamenti comunitari; rispetto alle altre fonti l'ido-

Corte di giustizia sin dalle prime decisioni, anche se il Trattato si limita a predicare questo requisito per i regolamenti comunitari [74]. Dal punto di vista di questo lavoro, l'aspetto più interessante attiene alle direttive comunitarie che – com'è noto – dovrebbero limitarsi ad indicare agli Stati gli obiettivi, lasciandoli liberi nella scelta delle modalità per il loro conseguimento. In questo caso i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto ai cittadini il diritto di far valere immediatamente le direttive nei confronti dello Stato, quando questo non abbia provveduto nei termini a darvi esecuzione o le abbia trasposte in modo inadeguato, a condizione però che le stesse contengano disposizioni «dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise» [75]. Si tratta di un'efficacia c.d. «verticale», nel senso che riguarda i rapporti del cittadino con lo Stato, mentre analoghe conseguenze sono escluse sul piano «orizzontale», tra i privati [76]. In questa prospettiva, dunque, i giudici nazionali sono chiamati a verificare la sussistenza dei requisiti indicati, la cui definizione – come s'è visto – è stata fissata a livello sovranazionale, sì da garantire lo scopo essenziale dell'uniforme applicazione del

---

neità a regolare immediatamente le situazioni giuridiche e, di conseguenza, a essere fatte valere innanzi all'autorità giudiziaria, si ricollega invece al principio dell'«effetto diretto»: su queste precisazioni v. per tutti R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuale e loro opponibilità ai singoli*, in *Riv. dir. internaz.*, 1989, 253 ss.

[74] Per i regolamenti la diretta applicabilità è sancita dalla disciplina della fonte, sicché si può affermare che «in ragione della sua stessa natura e della sua funzione nell'ambito delle fonti del diritto comunitario, esso produce quindi effetti immediati ed è, in quanto tale, atto ad attribuire ai singoli dei diritti che i giudici nazionali devono tutelare» (Corte giust., 17 maggio 1972, *Orsolina Leonesio*, in *Racc.*, 287). Rispetto ai Trattati si può ricordare la decisione *Defrenne* in cui si è affermato che «la circostanza che le disposizioni del Trattato si rivolgano espressamente agli Stati membri non esclude affatto che, al tempo stesso, vengano attribuiti dei diritti ai singoli interessati all'osservanza degli obblighi così precisati» (Corte giust., 8 aprile 1976, in *Racc.*, 455 ss.): gli esempi sono citati in AA.VV., *Casi e materiali di Diritto Comunitario*, a cura di P. MENGOZZI, Padova, 1998, spec. 321 ss.

[75] Così tra le altre Corte giust., 19 febbraio 1982, *Becker*, in *Racc.*, 53 ss. e 26 febbraio 1986, *Marshall*, in *Racc.*, 723 ss. È stato messo in luce al riguardo che per verificare la possibilità di invocare in giudizio una norma posta da una direttiva «non si tratta di fare riferimento ad una generica concezione della diretta applicabilità del diritto comunitario, bensì accertare se quella particolare norma sia idonea a produrre effetti diretti in capo ai singoli, alla luce del suo contenuto e dei caratteri che la contraddistinguono e contraddistinguono l'atto nel quale essa è posta»: R. BARATTA, *Norme contenute in direttive comunitarie inattuale e loro opponibilità ai singoli*, cit., 277.

[76] La posizione relativa a questo profilo – su cui si tornerà *infra* – è stata fissata con chiarezza nella decisione *Faccini Dori*, nata dal ricorso interpretativo di un giudice conciliatore di Firenze che proponeva di applicare, anche prima dell'esecuzione da parte dello Stato, la direttiva sui contratti stipulati al di fuori dei locali commerciali anche nei rapporti tra privati: Corte giust., 14 luglio 1994, in *Racc.*, I, 3325; v. anche in *Resp. civ. e prev.*, 1995, 378 ss., con nota di R. CARANTA, *La Corte di giustizia ribadisce l'assenza di effetti «orizzontali» delle direttive comunitarie*, *ivi*, 382 ss. e G. GIACALONE, *Sull'efficacia "verticale" ed "orizzontale" delle direttive*, in *Giust. civ.*, 1997, 11571 ss.

diritto comunitario nei diversi ordinamenti [77]. La giurisprudenza italiana, da questo punto di vista, esprime una piena sintonia rispetto alle indicazioni della Corte di Lussemburgo [78]. Nelle decisioni analizzate, la sussistenza dei requisiti richiamati, che tra l'altro viene quasi sempre riconosciuta, è argomentata con ampi riferimenti alla giurisprudenza comunitaria. L'unico limite è, ovviamente, quello temporale, che esclude l'applicazione delle direttive prima della scadenza del termine fissato agli Stati per l'adempimento dell'obbligo [79].

---

[77] Come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale nella dec. n. 168 del 1991 la ricognizione in concreto della sussistenza di questi requisiti costituisce l'esito di un'attività di interpretazione che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 177 (ora 234): Corte cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Giur. cost.*, 1991, 1409 ss.

[78] Interessante, e per certi aspetti curiosa, è una recente decisione della terza sezione della Cassazione civile che con una motivazione «pedagogica» spiega tutti i profili rilevanti al fine di valutare l'applicabilità di una direttiva non attuata: dalla distinzione tra diretta applicabilità dei regolamenti comunitari ed efficacia diretta delle direttive, ai requisiti oggettivi e soggettivi per il riconoscimento di tale efficacia, con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzione e comunitaria. Al termine di tale *excursus* la Corte conclude che «nella specie la sentenza impugnata ha applicato "*sic et simpliciter*" la direttiva senza verificare se concorressero i detti presupposti, ond'è che va cassata con rinvio ad altro giudice»: viene in questo modo confermato che è a ciascun giudice, nel caso avvalendosi del rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 del Trattato, che spetta verificare nel caso concreto sottoposto al suo esame la sussistenza dei requisiti per l'applicazione della direttiva non recepita: Cass. civ., sez. III, 23 gennaio 2002, n. 752 (in *Mass. Foro it.*, 2002).

[79] Si possono richiamare solo alcune delle sentenze più recenti, che, nei diversi ambiti materiali, hanno riconosciuto la diretta applicabilità delle direttive, con il costante riferimento ai criteri stabiliti dalla Corte di giustizia e alle sentenze interpretative eventualmente emanate con riferimento alla medesima materia: Cass. civ., sez. V, 17 settembre 2001, n. 11656 (in *Foro. it.*, 2001, I, 3072), in cui la Corte cassa con rinvio la sentenza dei giudici tributari per essere «incorsi in un grossolano errore di prospettiva, non considerando che il vincolo derivante nei confronti delle autorità nazionali (siano esse quelle amministrative o quelle giurisdizionali) dalle direttive aventi un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso sorge dal momento in cui lo Stato membro ha omesso di adottare le misure di trasposizione nel termine stabilito dalle stesse direttive»; Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2001, n. 10429 (in *Mass. Giur. it.*, 2001), in cui si afferma che «una direttiva di cui sia già scaduto il termine di attuazione, pur se non ancora formalmente recepita e non ancora idonea a disciplinare immediatamente i rapporti tra i privati, è tuttavia già inserita nel circuito giuridico nazionale. Ma ciò significa che anche quella direttiva (indipendentemente dal suo successivo recepimento) si colloca ormai tra le fonti di diritto rilevanti nell'ordinamento interno, e che di essa non può perciò non tenersi conto nella configurazione dei principi regolatori degli istituti disciplinati da tale ordinamento»; Cass. civ., sez. V, 26 aprile 2001, n. 6079 (in *Mass. Giur. it.*, 2001) in cui l'applicabilità immediata della direttiva in oggetto è riconosciuta in forza della stessa giurisprudenza comunitaria, sicché la Corte di cassazione non ritiene di dover motivare sul punto; Cass. civ., sez. V, 28 maggio 2001, n. 7219 (in materia di fusioni societarie: in *Foro it.*, 2001, I, 3073); Cass. civ., sez. III, 1 agosto 2001, n. 10490 (in materia assicurativa: in *Mass. Giur. it.*, 2001); Cass. civ., sez. V, 27 novembre 2000, n. 15259 (in materia di rimborso di tributi: in *Mass.*

Si è accennato che può cogliersi una sorta di parallelismo tra il riconoscimento del carattere *self-executing* delle norme della CEDU e quello dell'efficacia diretta delle direttive comunitarie. Non si vuole negare l'intrinseca diversità dei fenomeni, dove in un caso si fa riferimento agli effetti dei trattati internazionali e, nell'altro, ad una peculiarità delle fonti comunitarie: quello che preme mettere in luce è il differente approccio dei giudici. All'apertura manifestata nei confronti del diritto comunitario, fa riscontro l'incertezza (se non la reticenza) nei confronti della CEDU, che spesso conduce ad affermare il carattere generico e programmatico delle norme pattizie, in modo da evitarne la stessa presa in considerazione. E non è sufficiente a spiegare tale prassi neppure la struttura delle norme di riferimento, che in un caso stabiliscono la disciplina di specifici settori materiali e nell'altro invece riconoscono dei diritti: vi è al fondo una diversa sensibilità del giudiziario a fronte dei due sistemi di riferimento.

Tale considerazione trova conferma se si prendono in esame i casi in cui le direttive non siano idonee a produrre immediatamente i propri effetti. La Corte di giustizia ha ritenuto che, comunque, le norme comunitarie debbano orientare l'interpretazione del diritto interno, sicché «nell'applicare il diritto nazionale, a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 189, terzo comma del Trattato» [80]. La dottrina non ha mancato di sollevare dubbi circa la portata di questa ricostruzione, che ottiene per molti aspetti il medesimo risultato del riconoscimento degli effetti diretti, solo che non distingue il piano orizzontale da quello verticale e non tiene conto della scadenza del termine conferito allo Stato per adempiere gli obblighi fissati dalla Comunità [81]; ma è un altro l'aspetto su cui ci si vuole soffermare. La figura sottesa a questa operazione è quella della c.d. *interpretazione conforme*, che si è già ipotizzata rispetto alla Convenzione europea come uno dei modi per risolvere gli eventuali conflitti con la legislazione interna. Balza all'occhio anche in questo caso il diverso atteggiamento dei giudici: poco propensi ad utilizzarla rispetto alla CEDU, ma disponibili invece a farne uno strumento per l'espansione del diritto comunitario. Si ritrovano infatti ampi richiami al ruolo rivestito dalle norme delle direttive sul piano ermeneutico, significativamente sintetizzati in una

---

Giur. it., 2000); Cass. civ., sez. I, 1 febbraio 2000, n. 1099 (in materia assicurativa: in *Giust. civ.*, 2000, I, 1690); Cass. civ., sez. I, 3 settembre 1999, n. 9284 (in materia di fusioni societarie: in *Mass. Giur. it.*, 1999).

[80] Così Corte giust., 13 novembre 1990, *Marleasing*, in *Racc.*, I, 4135: cfr. L. SCAMBIATO, *Considerazioni in tema di efficacia «orizzontale» delle direttive comunitarie alla luce delle sentenze 1271 e 2275 del 1995 della Corte di cassazione e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 1027 ss.

[81] Per una ricostruzione di questi profili v. da ultimo L. RONCHETTI, *Obiettivo applicazione uniforme: contraddizioni e discriminazioni nella giurisprudenza comunitaria sulle direttive non trasposte*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 415 ss.

recente decisione della Cassazione civile secondo cui «l'obbligo del giudice e delle autorità amministrative nazionali di interpretare il diritto interno in modo conforme alle direttive, anche quando le stesse non contengono norme incondizionate e sufficientemente precise, costituisce un principio costantemente affermato dalla giurisprudenza dei giudici comunitari» [82]. Per continuare anche in questo caso il raffronto con la CEDU, si può ritenere che qui non si tratti più di contenuto delle norme, perché la disciplina dei diritti dovrebbe anzi avere di per sé maggiore forza espansiva sul piano interpretativo. La differenza si collega sempre alle prospettive di riferimento: da un lato, si tratta di garantire gli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale; dall'altro, invece è l'ordinamento comunitario ad imporre la sua prevalenza anche sul piano interpretativo [83].

Infine, si possono richiamare ancora due dati collegati al tema dell'efficacia orizzontale delle direttive non attuate. La giurisprudenza europea, come chiaramente precisato nella decisione *Faccini Dori* del 1994, ha negato che tali atti possano produrre effetti nei rapporti tra privati: l'efficacia verticale si giustificherebbe – sulla base della teoria dell'*estoppel* – come una sorta di sanzione per lo Stato inadempiente [84], mentre analoghe conseguenze non si possono far sopportare ai privati. Rispetto a questi ultimi rimane la possibilità di agire nei confronti dello Stato, colpevole del ritardo nell'attuazione, per ottenere il risarcimento dei

---

[82] Così Cass. civ., sez. V., 23 maggio 2001, n. 7016 (in *Giur. it.*, 2001, 2407). In generale, anche per questi aspetti, la giurisprudenza italiana mostra piena sintonia rispetto alle indicazioni della Corte di giustizia, riconoscendo l'obbligo generale di interpretare il diritto interno alla luce di quello comunitario: cfr. Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2000, n. 10500 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 607) dove nel ribadire tale obbligo si precisa che anche la contrattazione collettiva non può derogare alle disposizioni imperative del nostro ordinamento, né alle disposizioni della stessa natura dell'ordinamento comunitario; Cass. civ., sez. V, 3 maggio 2000, n. 5555 (in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, 679), in cui individuato il principio di diritto comunitario si richiede «un'interpretazione del diritto nazionale ad esso conforme o, in alternativa – stante l'indubbia applicabilità diretta delle norme e dei principi oggetto della pronuncia pregiudiziale della Corte di giustizia, come implicitamente in essa riconosciuto – la disapplicazione [delle corrispondenti disposizioni del diritto interno]»; Cass. civ., sez. un., 21 febbraio 2000, n. 27 (in *Foro it.*, 2000, I, 1521), in una complessa decisione in materia di disciplina del bilancio societario, ed in particolare sul diritto all'informazione dei soci, dove tra l'altro si ricorda, incidentalmente, che all'interpretazione della disciplina nazionale non possono rimanere estranei i principi enunciati dalle direttive comunitarie in materia, richiamando la decisione della Corte di giustizia in causa C-91/94 secondo cui il giudice «quando applica disposizioni del diritto nazionale, tanto precedenti quanto successive alla direttiva, ha l'obbligo di interpretarle quanto più possibile alla luce dello scopo e della lettera della direttiva».

[83] Il parallelismo con la tecnica tipica del diritto internazionale pattizio è richiamato ad esempio da G. GIACALONE, *Sull'efficacia «verticale» ed «orizzontale» delle direttive*, cit., spec. 1984.

[84] Per una ricostruzione generale v. da ultimo R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *Dir. Un. eur.*, 1998, 81 ss.

danni [85]. La giurisprudenza italiana, anche di legittimità, ha mostrato su questo aspetto alcune incertezze, volte in realtà ad allargare la portata degli effetti diretti [86]. Nelle decisioni più recenti, a fronte del costante richiamo alle conclusioni della giurisprudenza europea sul limite soggettivo di efficacia delle direttive, si rinvengono alcune aperture. Innanzitutto sembra consolidarsi l'ipotesi di giustificare la più ampia utilizzazione delle direttive non attuate nei giudizi di equità del conciliatore (ma probabilmente ora anche del giudice di pace) [87]. In secondo luogo, va segnalata una recente decisione che pare introdurre una nuova prospettiva interpretativa [88]. Si può accennare agli estremi della vicenda. La causa di merito verteva sul rapporto contrattuale di un agente di vendita di cui era stata dichiarata la nullità a causa della mancata iscrizione dell'agente nell'apposito albo istituito presso la Camera di commercio, secondo quanto imposto dalla legge. In tale materia è intervenuta la direttiva comunitaria 86/653/CEE, che – anche nell'interpretazione della Corte di giustizia – prevede come unica condizione che il legislatore nazionale può stabilire per la validità dei contratti di agenzia l'utilizzazione della forma scritta. La Corte di cassazione ricostruisce analiticamente le condizioni di efficacia diretta delle direttive, che risultano presenti nella 86/653 [89], per poi interrogarsi sulla sua rilevanza nel caso sottoposto ad esame.

---

[85] Ci si riferisce a Corte giust., 19 novembre 1991, *Francovich*, in *Racc.*, I-5357 ss., ma anche Corte giust., 8 ottobre 1996, *Dillenkofer*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1997, 101 ss. con nota di N. PECCHIOLI, *La Corte di giustizia chiude il cerchio: una nuova pronuncia in materia di responsabilità dello Stato per mancata attuazione di una direttiva*, *ivi*, 112 ss.

[86] La Corte di cassazione ha assunto posizioni talvolta discordanti, ad esempio, con riferimento alla direttiva 76/207 in materia di parità tra uomo e donna, ha talora affermato la sua applicabilità anche nei rapporti tra i privati (Cass. civ., sez. lav., 3 febbraio 1995, n. 1271, in *Giur. it.*, 1996, I, 101), in altre occasioni invece è ritornata ad una più rigorosa interpretazione dei criteri stabiliti dal giudice comunitario (Cass. civ., sez. lav., 20 novembre 1997, n. 11571, in *Foro it.*, 1998, I, 444): v. sul tema S. FARO, *La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta «orizzontale» delle direttive comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1398 ss.

[87] La giurisprudenza di legittimità sul punto era stata incerta: in alcuni casi aveva negato l'utilizzazione delle direttive non attuate anche nei giudizi di equità (ad es. Cass. civ., sez. II, 27 febbraio 1995, n. 2275, in *Dir. lav.*, 1995, II, 12), in altri l'aveva ammessa (ad es. Cass. civ., sez. I, 20 marzo 1996, 2369, in *Riv. dir. internaz.*, 1996, 520): v. F. ASTONE, *Direttive comunitarie*, *rapporti tra privati e principi generali dell'ordinamento*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, 736 ss. Da ultimo la decisione Cass. civ., sez. II, 30 luglio 2001, n. 10429 (in *Mass. Giur. it.*, 2001) – sempre sul diritto di recesso previsto dalla direttiva 85/577 per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali – conferma l'orientamento contrario all'efficacia orizzontale della direttiva, ma precisa che nel caso decisioni pronunciate dal Conciliatore secondo equità, è possibile che il giudice individui le «ragioni equitative» con riferimento all'esigenza di tutela del consumatore cui è ispirata la disciplina comunitaria.

[88] Si tratta di Cass. civ., sez. lav., 18 maggio 1999, n. 4817 (in *Foro it.*, 1999, I, 2542), che per le sue peculiarità è stata richiamata anche nella relazione annuale della Commissione sul «controllo dell'applicazione del diritto comunitario» (1999) [COM(2000) 92 def. vol. VI].

[89] I requisiti più volte richiamati vengono sintetizzati nel senso che trovano diretta appli-

Partendo dalla premessa che la disapplicazione della norma interna in conflitto può avvenire solo quando questa riguarda un rapporto tra Stato e privati e non se si limita a regolare i rapporti tra i privati, la Corte precisa che questa verifica richiede «un più penetrante accertamento che, prescindendo dalla qualità dei soggetti in causa, individui la reale portata dei contrapposti interessi e quindi la norma destinata a disciplinarli, la quale sola deve costituire oggetto di valutazione circa una sua eventuale incompatibilità con la direttiva comunitaria». Quindi se «la disposizione limita o sopprime l'autonomia privata per la realizzazione di interessi di cui è titolare la P.A., in quanto ente esponenziale di interessi collettivi, la controversia, anche se formalmente intervenuta tra soggetti privati, coinvolge necessariamente gli interessi dell'Amministrazione». In forza di tale motivazione si ritiene che la direttiva in questione riguardi un «rapporto verticale», in quanto la disposizione «che vieta agli agenti di esercitare l'attività ed ai preponenti di servirsene […] riguarda con tutta evidenza il rapporto tra lo Stato da un lato e gli agenti e preponenti dall'altro». La ricostruzione che la Corte dà del concetto di efficacia verticale sembra aprire la strada ad una forte espansione dello stesso, posto che è difficile non individuare un interesse dello Stato nella regolamentazione dei diversi settori economici.

Gli esempi richiamati, pur riferiti ad un aspetto peculiare, esprimono con chiarezza la piena assimilazione da parte del giudice nazionale della prospettata integrazione del sistema comunitario. Sul piano delle fonti, le norme comunitarie rientrano a pieno titolo nello strumentario del giudice interno, che ne assicura la prevalenza rispetto alle norme nazionali. La circostanza però che tali norme continuino ad appartenere ad un ordinamento differente, giustifica una domanda ulteriore, quella cioè del rapporto tra i giudici comuni e la Corte di giustizia, che come ricordato è l'organo istituzionalmente chiamato ad interpretare il diritto comunitario al fine di assicurarne l'uniforme applicazione nell'ambito della Comunità.

Lo strumento chiave di questo sistema è, ovviamente, quello del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 del Trattato, che formalizza le relazioni tra gli organi giurisdizionali. L'interpretazione che il giudice nazionale dà di questa norma costituisce un indice – essenziale – per comprendere l'effettiva percezione del suo ruolo all'interno del sistema.

Le decisioni della Corte di cassazione individuano con precisione i diversi aspetti dell'istituto, facilitate in un certo senso dalle similitudini che presenta con il giudizio incidentale di legittimità costituzionale, ad esempio in punto di rilevanza [90]. Ma poi anche per altri profili, inerenti ai caratteri dell'intervento pre-

---

cazione le direttive «le cui disposizioni presentino contenuto sufficientemente preciso e non condizionato, ossia sanciscano un obbligo in termini non equivoci e non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, in relazione alla sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto degli Stati membri o delle istituzioni della Comunità».

[90] Nella sentenza Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2000, n. 1105 (in *Notiz. giur. lav.*, 2000, 530) la Corte nel definire i requisiti del rinvio *ex* art. 177 (ora 234) richiede: a) che la questio-

giudiziale. Significativa è la posizione assunta dalla Cassazione rispetto all'ordinanza con cui un giudice istruttore del Tribunale di Bologna ha sospeso, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., il processo in corso a fronte della pendenza innanzi alla Corte di giustizia di un giudizio interpretativo, promosso da un altro organo giurisdizionale sulla disciplina comunitaria da applicarsi nel caso in esame [91]. Il giudice di legittimità ha ricostruito in modo approfondito, con ampi richiami alla giurisprudenza comunitaria ed europea, il funzionamento del sistema e il significato del «procedimento giurisdizionale di interpretazione "pregiudiziale" del diritto comunitario, attribuito, con evidenti finalità "nomofilattiche" alla competenza "esclusiva" della Corte di giustizia», che corrisponde «alla "necessaria e fondamentale garanzia" […] di assicurarne l'uniforme applicazione in tutti gli ordinamenti degli Stati membri, sia, su un piano più generale, al fine della "costruzione" di un vero e proprio "ordinamento giuridico comunitario" […] sia, più specificamente, per l'obiettivo di attuare una sostanziale parità di trattamento giuridico dei cittadini comunitari di fronte al principio della "applicabilità diretta" e dell'"effetto diretto", del diritto stesso nei singoli ordinamenti degli Stati membri […]» [92]. In tale prospettiva la Cassazione conclude che risultano evidenti «l'estraneità e l'inconferenza» dell'istituto della sospensione previsto, con finalità differenti, dall'art. 295 c.p.c., che anzi «collide con la lettera e le ragioni della richiamata disciplina speciale» [93]. Il giudice interno è dunque chiamato, nel rispetto dei requisiti previsti dall'art. 234, a rivolgersi alla Corte di giustizia, così garantendo – tra l'altro – la possibilità anche alle parti di intervenire nel procedi-

---

ne interpretativa riguardi norme comunitarie; b) che sussistano effettivi dubbi sulla interpretazione delle stesse nonché sulla loro portata, sull'ambito di efficacia e sull'oggetto della disciplina; c) che la questione interpretativa controversa abbia rilevanza ai fini decisori, con valenza idonea a definire il giudizio a quo pendente dinanzi al giudice nazionale; analogamente in Cass. civ., sez. I, 7 giugno 2000, n. 7699 (in *Mass. Giur. it.*, 2000) la Corte conferma che il rinvio pregiudiziale richiede «non solo che la questione controversa riguardi norme comunitarie, ma che la stessa abbia rilevanza al fine di decidere il giudizio "*a quo*", pendente innanzi al giudice nazionale».

[91] Ci si riferisce ancora a Cass. civ., sez. I, 14 settembre 1999, n. 9813, cit., pronunciata nel corso di un procedimento promosso dalla CA.RE.BO. s.p.a. al fine di ottenere la restituzione delle somme versate a titolo di concessione governativa per l'iscrizione della società al registro delle imprese, per gli anni 1985-1992. La decisione si caratterizza per una ricostruzione molto articolata dei rapporti tra ordinamenti, sotto il profilo del sistema del rinvio pregiudiziale e della posizione spettante al giudice interno. Cfr. la nota di R. MASTROIANNI, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è «più realista del re»?*, in *Dir. Un. eur.*, 2000, 91 ss.

[92] *Ivi*, le affermazioni riportate nel testo sono riprese dalle decisioni della Corte costituzionale e della Corte di giustizia in materia.

[93] V. sul punto le considerazioni critiche di L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, relazione alla XXXIII Tavola rotonda di diritto comunitario, Milano, 24 novembre 2000, su "*L'influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno*", cit., spec. 67.

mento pregiudiziale. Infine, oramai consolidata è la ricostruzione del rapporto con la pregiudiziale costituzionale: la Corte costituzionale a partire dall'ord. n. 168 del 1991 ha stabilito la necessità di risolvere preliminarmente i problemi di rapporto tra la norma interna e il diritto comunitario, che potrebbero portare alla sua disapplicazione e alla conseguente irrilevanza dalla questione di costituzionalità [94].

Sotto l'aspetto sostanziale, viene confermato il valore vincolante delle decisioni della Corte di giustizia, sia quelle rese all'interno del processo, sia in generale quelle in cui è stata interpretata la medesima disciplina [95]. La Corte di cassazione è andata anche oltre in questa prospettiva e, richiamando testualmente la sentenza *Cilfit* della Corte di giustizia, ha affermato che le sentenze interpretative hanno *efficacia erga omnes*, facendo venire meno l'obbligo del rinvio interpretativo, «non solo quando la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione sollevata in relazione ad analoga fattispecie e già decisa in via pregiudiziale, ma anche in presenza di una giurisprudenza costante della Corte che risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere» [96].

Nelle decisioni richiamate, dunque, i giudici interni dimostrano di riconoscere le peculiarità del sistema che li mette in diretto rapporto con la Corte di giustizia. Tuttavia bisogna verificare, nel concreto, come viene sostenuta questa relazione. In particolare, si è accennato all'inizio, il punto di riferimento può essere l'utilizzazione dell'art. 234 del Trattato, che attribuisce la facoltà ai giudici nazionali (e in particolare l'obbligo per quelli di ultima istanza) di promuovere il ricorso pregiudiziale. L'unica eccezione si ha quando «la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Prima di giungere a tale conclusione il giudice nazionale deve maturare il convincimento che la stessa evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri e alla Corte di giustizia» [97]. È la cosiddetta teoria dell'atto chiaro, volta a limitare la portata assoluta dell'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza, che nella sua

---

[94] V. per tutti, da ultimo, F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria*, *pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.

[95] Cfr. ad esempio Cass. civ., sez. lav., 16 aprile 1999, n. 3830 (in *Orient. giur. lav.*, 1999, I, 503), in cui la Corte di cassazione richiama la circostanza che le direttive oggetto di applicazione sono già state sottoposte ad un ricorso interpretativo alla Corte di Lussemburgo e che, dunque, nella valutazione circa la corretta applicazione del diritto comunitario, il giudice interno deve tenere conto anche di tali pronunce, di cui si ribadisce l'efficacia vincolante nel diritto interno.

[96] Così Cass. civ., sez. lav., 18 maggio 1999, n. 4817, cit.

[97] In questi termini si esprime la Corte di giustizia nella sentenza *Cilfit* del 1982 (6 ottobre 1982, in *Racc.*, 3415); v. sul punto G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999, spec. 58 ss.

applicazione però non ha mancato di destare perplessità [98]. Nella recente risoluzione del Parlamento europeo sulla diciassettesima relazione annuale della Commissione sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario si fa riferimento alle «serie preoccupazioni» suscitate dalle «sentenze delle giurisdizioni nazionali che deliberano in ultima istanza e ricorrono alla teoria dell'atto chiaro per rifiutare di porre questioni pregiudiziali», cui si collega l'invito rivolto alla Commissione europea di esaminare con più attenzione tali decisioni [99]. Del resto nelle relazioni annuali sull'attuazione del diritto comunitario si può notare, per l'Italia, che nel 1999 dei 43 ricorsi pregiudiziali proposti nessuno proveniva dalla Corte di cassazione e solo 2 dal Consiglio di Stato, mentre nel 2000 su 50 solo 4 provenivano dal Consiglio di Stato e 2 dalla Corte di cassazione [100]. Anche uno sguardo comparato agli altri ordinamenti sembra confermare la presenza di una situazione abbastanza simile, con la prevalenza dei rinvii da parte dei giudici di merito [101]. Emerge dunque la tendenza, almeno da parte dei giudici di legittimità, a ricostruire direttamente la portata delle norme comunitarie, senza avvalersi degli strumenti di raccordo con la Corte di giustizia che i Trattati hanno espressamente individuato per garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario. Laddove non vi sono ancora specifiche decisioni della Corte di giustizia, i giudici nazionali rivendicano la pienezza dei propri poteri ermeneutici, prescindendo da ogni considerazione in ordine alle esigenze di coerenza del sistema. Si tratta, ovviamente, per la peculiarità dei contesti materiali, di casi molto specifici, ma la cui lettura può essere indicativa della tecnica interpretativa utilizzata dai giudici e del tentativo così perseguito di mantenere la massima sfera di autonomia nella lettura delle norme.

Questo approccio si rinviene spesso in materia di politica agricola comune. Il giudice di legittimità in taluni casi ribalta l'interpretazione dei giudici di merito, affermando la «chiarezza» della soluzione opposta. In una recente decisione in materia di compensazioni finanziarie per il ritiro dei prodotti dal mercato, la Corte di cassazione accoglie il ricorso sollevato per violazione e falsa applicazione del regolamento 1972/1035/CEE, escludendo la necessità del rinvio pregiudiziale poiché nel caso in esame «la soluzione della questione interpretativa si impon[e] con evidenza e non sussist[e] alcun ragionevole dubbio sulla corretta esegesi del-

---

[98] V. su questo tema E. D'ALESSANDRO, *Intorno alla «Théorie de l'acte clair»*, in *Giust. civ.*, 1997, 2882 ss.; nonché, da ultimo i cenni nella nota a Cons. Stato, sez. VI, 1 aprile 2000, n. 1885, di D.-U. GALETTA, *Una sentenza storica sul principio di proporzionalità con talune ombre in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 459.

[99] La risoluzione è pubblicata a cura di Ilaria Cortesi con il significativo titolo di *Diritto UE: Corti supreme pigliattutto*, in *ItaliaOggi*, 20 settembre 2001.

[100] Cfr. rispettivamente la diciassettesima e la diciottesima relazione annuale della Commissione «sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario»: COM(2000) 92 def. e COM(2001) 309 def.

[101] *Ibidem*.

la normativa». La ricostruzione del significato del testo avviene poi attraverso un'articolata analisi delle singole norme e del preambolo, al fine di individuare l'intento perseguito dal legislatore comunitario [102]. In altro ambito, in materia di contratti di credito al consumo, il giudice di legittimità ha escluso di rinviare la questione alla Corte di giustizia, pur discutendosi sull'interpretazione di alcune nozioni stabilite dalla direttiva 85/577/CEE – quella di luoghi esterni ai locali commerciali e di consumatore – e a fronte di una disciplina interna di attuazione non immediatamente riconducibile alle corrispondenti previsioni comunitarie [103]. Infine, un cenno va fatto al caso relativo alla qualificazione dell'Ente autonomo Fiera internazionale di Milano come organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della direttiva del Consiglio 92/50/CEE. La questione, particolarmente rilevante per le conseguenze sul piano della disciplina applicabile, ha dato luogo ad un rinvio pregiudiziale su istanza del Tribunale amministrativo regionale lombardo e, nelle more del giudizio innanzi alla Corte di giustizia, ad una decisione delle Sezioni unite dalla Cassazione civile, che hanno ritenuto di poter «agevolmente» decidere sull'interpretazione della disciplina comunitaria [104].

---

[102] Si tratta della decisione Cass. civ., sez. I, 7 maggio 1999, n. 4564, in *Dir. giur. agr.*, 2000, 32 ss. Una situazione sostanzialmente analoga si era verificata in materia di quote latte. Si può ricordare, ad esempio, la questione dell'esclusione delle cooperative (cui viene conferito il latte dai produttori) dai soggetti chiamati a versare il prelievo supplementare. La Corte, pur a fronte di un contrasto interpretativo tra i giudici di primo grado e di appello, ha ritenuto di non doversi rivolgere alla Corte di giustizia, sul presupposto che «l'esigenza interpretativa sorge solo se l'esame logico-letterale della norma non ne assicura il significato»: Cass. civ., sez. I, 18 giugno 1996, n. 5604 (in *Mass. Foro it.*, 1996). Solo per completezza si può ricordare che a distanza di pochi anni, i giudici di Lussemburgo, chiamati a pronunciarsi in una questione simile su istanza della pretura circondariale di Bassano del Grappa, hanno dato un'interpretazione opposta del ruolo delle cooperative: così Corte giust., 26 aprile 1999, causa C-288/97, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 1999, 1223, con nota di L. MONTANARI, *Alcune precisazioni sulla nozione di acquirente e sui suoi obblighi nella disciplina comunitaria del prelievo supplementare sul latte*. Sulla limitata utilizzazione dello strumento del rinvio pregiudiziale in materia agraria v. L. RUSSO, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia CE: questo sconosciuto*, in *Riv. dir. agr.*, 1998, 265 ss.

[103] Così Cass. civ., sez. III, 4 gennaio 2000, n. 372 (in *Foro it.*, 2000, I, 1638). La decisione è richiamata nella diciottesima relazione annuale della Commissione «sul controllo dell'applicazione del diritto comunitario», dove si dà notizia anche del ricorso pregiudiziale sollevato, pur per profili diversi, sempre sull'interpretazione della nozione di consumatore ai sensi della direttiva 85/577/CE dal giudice di pace di Viadana e deciso dalla Corte di giustizia con la dec. 22 novembre 2001 (le decisioni più recenti sono reperibili sul sito della Corte di giustizia, all'indirizzo internet: *http//europa.eu.int/jurisp*).

[104] Il TAR Lombardia (Milano), ha rimesso la questione alla Corte di giustizia con ordinanza del 5 marzo 1999, n. 10 (in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 295), la Corte di cassazione, in una controversia sottoposta al suo esame per motivi attinenti alla giurisdizione, ha invece ritenuto che alla luce della giurisprudenza europea sul punto non fosse necessario sollevare la questione interpretativa e quindi escludeva, con decisione del 4 aprile 2000, n. 97, la riconduzione dell'Ente fiera di Milano tra gli organismi di diritto pubblico (in *Giur. it.*, 2000,

Gli esempi richiamati danno conto di un aspetto problematico del rapporto tra i giudici comuni ed i giudici comunitari. Si tratta del coordinamento tra l'attività della Corte di cassazione e quella della Corte di giustizia, entrambe chiamate a svolgere una funzione di nomofilachia con riferimento alle medesime norme. Si tratta di norme appartenenti all'ordinamento comunitario, per le quali il Trattato istitutivo individua nei giudici di Lussemburgo gli interpreti ultimi, ma le stesse norme, nella loro applicazione, passano attraverso i giudici comuni degli Stati membri che le utilizzano alla stessa stregua del diritto nazionale. E questi giudici riconoscono necessariamente nella Cassazione – pur con i problemi connessi alla definizione di tale ruolo – l'organo chiamato a garantire l'uniforme interpretazione del diritto. Nel momento in cui i giudici di legittimità attribuiscono un determinato significato alle norme comunitarie, il principio di diritto così stabilito dovrebbe vincolare il giudice del rinvio, ma in questo caso il sistema comunitario sembra lasciare comunque la facoltà di adire la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato. È evidente che una successiva decisione a livello europeo potrebbe portare a percorsi interpretativi differenziati [105].

6. Considerazioni conclusive

Alla luce della giurisprudenza analizzata nei paragrafi precedenti si possono svolgere almeno due considerazioni.

La prima attiene propriamente al quadro dei rapporti tra giudici interni e Corti sovranazionali, che risulta meno preciso e definito di quanto sarebbe possibile ipotizzare. Rispetto alla Corte di giustizia i giudici italiani non sono forse in realtà così «obbedienti», mentre rispetto alla Corte europea dei diritti dell'uomo – pur nella diversità del sistema di riferimento – sono più «incerti» che «attenti».

14996; nello stesso senso si era pronunciato anche il Cons. Stato, sez. VI, 16 settembre 1998, n. 1267, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, n. 265 ss.; ma diversamente Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 1995, n. 353, in *Cons. Stato*, 1995, I, 557 e, con riferimento all'Ente autonomo Fiera internazionale di Bologna anche TAR Emilia Romagna (Bologna), sez. II, 26 ottobre 1996, n. 327, *ivi*, 1997, 471 ss.). Il successivo 10 maggio 2001 anche la Corte di giustizia si pronunciava sulla medesima questione, giungendo – nella sostanza – alla stessa conclusione della Corte di cassazione italiana.

[105] Non è possibile affrontare in questa sede l'altro complesso problema di rapporto tra sistemi e cioè quello dell'interpretazione delle norme nazionali che utilizzano in varia guisa nozioni e figure elaborate o presenti nella disciplina comunitaria. La scelta di utilizzare il ricorso interpretativo in questo caso in funzione di definire la portata di norme interne può determinare un'eccessiva espansione del diritto comunitario, dall'altra parte però giustificare una lettura di tali norme in chiave esclusivamente interna può allo stesso modo aprire la strada a problemi di coordinamento non indifferenti: v. per tutti M.E. Bartolini, *La competenza della Corte di giustizia ad interpretare il diritto nazionale «modellato» sulla normativa comunitaria*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, 311 ss.

Sembra tuttavia trovare conferma, nella ricostruzione del modello, la centralità dell'articolazione del sistema delle fonti e del ruolo dell'interpretazione. Laddove questi profili sono – grazie soprattutto alle decisioni della Corte costituzionale – relativamente definiti, allora i giudici interni sembrano muoversi con maggiore sicurezza. Quando invece manca un'indicazione precisa sulla posizione delle norme di origine sovranazionale e i giudici sono chiamati a risolvere i problemi sul piano dell'interpretazione e dei valori, allora appaiono più restii ad adottare soluzioni coraggiose.

Si pone dunque con urgenza il problema della revisione dell'assetto costituzionale dei rapporti con il diritto internazionale, per dare un sostegno all'Unione europea e un giusto rilievo alle forme di cooperazione internazionale e sovranazionale. In questo contesto la modifica dell'art. 117 Cost. non risulta del tutto pertinente, sotto l'aspetto sistematico, ed adeguata, sotto quello contenutistico [106]. Come si è ricordato, dall'analisi comparata emerge la presenza nei testi costituzionali più recenti di una disciplina articolata di questi profili, anche quanto ai rapporti tra organi giurisdizionali. Si pensi, ad esempio, alla soluzione spagnola dove si sancisce a livello costituzionale il vincolo interpretativo delle norme sui diritti fondamentali alla luce della CEDU: è evidente che viene in questo modo orientata l'attività dei giudici nazionali e valorizzato il ruolo delle decisioni della Corte sovranazionale [107].

Vi è però anche una seconda questione, che, al di là del quadro normativo considerato, condiziona la lettura del tema in oggetto: quella cioè della «cultura del giudiziario» in senso lato [108]. Si intende fare riferimento, in questa prospettiva, a tutti gli operatori, e in particolare anche alla classe forense, che attraverso l'impostazione data alle controversie condiziona evidentemente le soluzioni adottate dai magistrati. Sembra emergere, al riguardo, una limitata sensibilità

---

[106] Per il primo profilo si intende fare riferimento all'utilizzo di una disposizione relativa alla ripartizione delle competenze normative tra Stato e Regioni al fine di stabilire il ruolo dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, la cui disciplina – viceversa – dovrebbe trovare la sua naturale collocazione tra i principi fondamentali, come emerge dalle previsioni degli artt. 10 e 11 Cost. Per il secondo, invece si intende fare riferimento alla genericità del contenuto della disposizione che, come accennato, lascia eccessivi spazi all'interpretazione; sintomatico – per quest'aspetto – è il recente disegno di legge governativo n. 1545 comunicato alla presidenza del Senato il 26 giugno 2002, che si fa carico di precisare, con evidenti problemi sul piano dei rapporti tra le fonti, quali accordi internazionali siano idonei a far sorgere obblighi vincolanti per il legislatore.

[107] L'art. 10, comma 2, Cost. spagnola stabilisce infatti che «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà riconosciute dalla Costituizone, si interpretano in conformità alla dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna» (cfr. sul punto E. GARCIA DE ENTERRIA, *Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol*, in *Mélanges Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 222 ss.

[108] Un significativo richiamo al ruolo del Giudiziario nell'attuazione degli obblighi internazionali viene svolto da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 8 ss.

verso gli strumenti sovranazionali di garanzia, che appare sicuramente inadeguata nell'attuale contesto europeo, in cui si vanno moltiplicando i livelli di protezione dei diritti [109]. La questione si pone in modo evidente proprio rispetto al ruolo delle decisioni degli organi sovranazionali. Se rispetto alla Corte di giustizia non è possibile sottrarsi al valore vincolante delle sentenze, rispetto alla CEDU, in assenza della previsione di specifici raccordi, il giudice richiama, se necessario, le norme, senza però alcun riferimento alle interpretazioni della Corte europea. C'è anche, dunque, un problema di conoscenza e di «circolazione» dei precedenti, che appare anch'esso inadeguato nel contesto attuale. Uno dei profili più interessanti delle recenti evoluzioni del diritto, determinato in gran parte dal processo di internazionalizzazione, è infatti proprio quello della circolazione dei precedenti giudiziari. Questo accade, ad esempio, per le Corti sovranazionali e per le Corti costituzionali dei Paesi che più di recente sono tornati alla democrazia, ma potrebbe costituire un interessante momento di riflessione, almeno all'interno di sistemi, come quelli analizzati, che astringono gli Stati a forme di collaborazione sempre più rilevanti [110]. Rimane il dubbio che le resistenze presenti in Italia costituiscano, in ultima analisi, la conseguenza di un'interpretazione del ruolo del Giudiziario improntata al modello burocratico di origine francese, che rende gli stessi operatori restii a sviluppare una funzione di garanti dei diritti, chiamati ad attingere a tutti gli strumenti a disposizione per valorizzare la tutela dell'individuo anche al là della stretta applicazione delle norme.

---

[109] Si pensi al sempre crescente numero di Carte sui diritti, non ultima quella di Nizza. Pur in presenza di meccanismi istituzionali e di garanzia che presentano notevoli differenze l'uno dall'altro, la presenza di problemi di coordinamento e in alcuni casi di sovrapposizione tra tali sistemi appare del tutto evidente (si richiama in proposito il dibattito, orami datato ma riaperto in termini nuovi e pressanti nel contesto della Convenzione sul futuro dell'Unione europea, sul ruolo della CEDU nell'ordinamento comunitario e conseguentemente dei rapporti tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo).

[110] Si può ricordare, da un lato, la prassi della Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, che nelle proprie decisioni fa spesso rifierimento alle decisioni della Corte europea e, dall'altro, la giurisprudenza costituzionale dei Paesi dell'Est europeo che da ultimo hanno aderito alla CEDU, ove compaiono numerosi richiami ai precedenti europei ed anche degli altri Stati membri. V. in generale su questi profili: C. McCrudden, *A Common Law of Human Rights? Transnational Judicial Conversation on Constitutional Rights*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, 499 ss.

LA CORTE COSTITUZIONALE E LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

ANDREA PERTICI

SOMMARIO: 1. Le «ragioni» ed i limiti del confronto. – 2. L'utilizzo della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte costituzionale italiana (e viceversa?). – 3. Analogie e differenze nella giurisprudenza delle due Corti relativa alla tutela dello stesso diritto (il «giusto processo»). – 4. Le ipotesi di conflitto tra il giudice costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo (attraverso l'esame di alcuni casi «stranieri»). – 5. Notazioni finali (e non conclusive).

1. LE «RAGIONI» ED I LIMITI DEL CONFRONTO

La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo sono due giurisdizioni da molti punti di vista assai diverse tra loro, il confronto tra le quali pare giustificato dal fatto che entrambe svolgono un ruolo centrale nella protezione dei diritti fondamentali dell'uomo, assumendo una (sempre più chiara) connotazione di «giurisdizioni *(almeno) materialmente* costituzionali delle libertà» [1].

Il loro rapporto viene ad essere sempre più complesso in ragione del crescente rilievo dei diritti fondamentali a livello «europeo» (con ciò intendendosi fare riferimento sia alla «grande» che alla «piccola» Europa). In particolare, infatti, per quanto la Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) ed il relativo sistema di protezione dei dirit-

[1] Pare infatti generalmente riconosciuto che la Corte europea dei diritti dell'uomo sia «uno strumento internazionale, ma a contenuto costituzionale»: cfr., in particolare, M.A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, in AA.VV., *Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'homme. Droits et libertés en Europe*, a cura di D. ROUSSEAU-F. SUDRE, Paris, 1990, 138, ma un siffatto riconoscimento è giunto anche da organi giurisdizionali supremi, e specificamente dal Tribunale federale svizzero, come la stessa Corte europea ha ricordato nella sent. 18 dicembre 1987, *F.* c. *Svizzera* (questa, come tutte le altre sentenze della Corte europea di seguito citate, può essere reperita, oltre che nelle sedi eventualmente indicate di volta in volta, nel sito internet della Corte di Stasburgo: *http://www.echr.coe.int/*).

ti ivi sanciti risalgano ad oltre mezzo secolo fa, non vi è dubbio che un impulso costantemente crescente sia stato dato a questo sistema negli ultimi dieci anni – da un punto di vista più strettamente giuridico – dall'approvazione ed entrata in vigore del Protocollo n. 11, che ha reso pienamente giurisdizionale il sistema di protezione dei diritti ed ha riformato il ricorso individuale sottraendolo alla necessaria accettazione dei singoli Stati contraenti [2], nonché – da un punto di vista politico – dalla nascita di nuove democrazie, a seguito del tramonto dei regimi socialisti dell'Europa orientale, che hanno aderito alla Convenzione, di cui oggi fanno infatti parte quarantuno Stati, ben diciotto in più rispetto a dieci anni fa [3]. Anche dal punto di vista della Comunità e dell'Unione europea, poi, il costante richiamo, prima da parte della giurisprudenza di Lussemburgo [4] e poi dei Trattati di Maastricht [5] e di Amsterdam ed infine da parte della Carta dei di-

---

[2] Su quest'ultimo punto, cfr. in particolare G. RAIMONDI, *sub* art. 34, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 559 ss.; mentre, per quanto riguarda la riforma dell'intero sistema di tutela dei diritti previsto dalla CEDU, si rinvia, tra i numerosi contributi, a G. ROMANO-M.G. PELLEGRINI-D.A. PARROTTA, *La nuova corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 1999; B. CONFORTI, *La nuova corte europea dei diritti dell'uomo: una procedura più snella al servizio del cittadino europeo*, in *Foro nap.*, 1998, 317 ss.; B. NASCIMBENE, *La «nuova» Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium iuris*, 1999, 119 ss.; D.E. TOSI, *Il protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: la tutela dei diritti fondamentali davanti alla nuova Corte europea*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2001, 137 ss.; M. DE SALVIA, *sub* art. 19, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 475 ss.

[3] Gli Stati membri del Consiglio d'Europa sono divenuti quarantatré dopo che il 25 gennaio 2001 sono entrati a farne parte l'Armenia e l'Azerbaijan, che, quindi, probabilmente provvederanno presto a ratificare la CEDU (l'art. 4 dello Statuto del Consiglio d'Europa prevede, infatti, l'impegno per gli Stati aderenti a ratificare la Convenzione nel più breve tempo possibile).

[4] In particolare, la Corte di Giustizia ha assicurato la protezione dei diritti fondamentali attraverso i «principi generali del diritto comunitario» a partire dalla sent. 12 novembre 1969, relativa al caso *Stauder* (in *Racc.*, 1969, 419 ss.), mentre ha aggiunto l'espresso riferimento alle convenzioni internazionali con la sent. 14 maggio 1974, relativa al caso *Nold* (in *Racc.*, 1975, 1219 ss.).

[5] Per la precisione almeno un riferimento alla CEDU era già stato inserito nel preambolo dell'Atto Unico europeo del 1986, nel cui preambolo si legge che gli Stati firmatari sono «decisi a promuovere insieme la democrazia basandosi sui diritti fondamentali sanciti dalle costituzioni e dalle leggi degli Stati membri, dalla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dalla Carta sociale europea, in particolare la libertà, l'uguaglianza e la giustizia sociale» (e prima ancora il riconoscimento dei diritti fondamentali come risultanti da suddetta Convenzione e dalle tradizioni costituzionali comuni era stato oggetto di numerose risoluzioni e dichiarazioni, tra cui può ricordarsi, in particolare, la dichiarazione congiunta del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, sottoscritta a Lussemburgo il 5 aprile 1977), ma soltanto l'art. F, comma 2, del Trattato di Maastricht, appunto, ha espressamente previsto l'impegno dell'Unione a rispettare i diritti fondamentali ga-

ritti fondamentali dell'Unione europea [6], alla CEDU ha determinato – pur a fronte del parere negativo della Corte di giustizia all'adesione della Comunità alla CEDU stessa [7] – la progressiva affermazione di una «circolazione» europea dei diritti, ed ha mostrato la necessità di una interazione dei diversi organi chiamati a proteggerli in questi ordinamenti «concentrici», in cui si esprime (con un'effettività che pare priva di precedenti) quella trascendenza dei diritti fondamentali rispetto a «singoli popoli ed ordinamenti», già da tempo posta bene in luce [8].

Nel contesto appena vagamente tratteggiato, quindi, si inseriscono anche i rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo, le quali, operando (anche) nello stesso «campo», sono «costrette» a venire in contatto, con il conseguente emergere di problemi relazionali, sconosciuti – come può facilmente intuirsi – in ambito nazionale. Non si tratta, infatti, come è ovvio, di giudici espressione di diversi gradi della stessa giurisdizione, né pare che il loro rapporto possa essere in alcun modo ricondotto a quello normalmente esi-

---

rantiti dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. In proposito, cfr. in particolare G. GAJA, *The Protection of Human Rights under the Maastricht Treaty*, in CURTIN-HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration*, *Essays in Honour of Henry G. Schemers*, Dordrecht-Boston-London, 1994, 549 ss.

[6] In proposito G. CARELLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Convenzione di Roma*, in AA.VV., *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Convegno in onore di Paolo Barile, Roma 16-17 novembre 2000, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 2001, 213 ss., ha sostenuto che la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. ha rappresentato «il conseguimento di una propria più spiccata autonomia in una materia in cui finora [il sistema comunitario] è stato tributario della Convenzione europea». L'Autrice ha anche indagato i rapporti tra la Carta di Nizza e la Convenzione di Roma, ponendo particolarmente in luce il carattere «funzionale» («nel senso che ha il limitato scopo di porre limiti all'esercizio delle competenze comunitarie già previste nei Trattati») della prima. Un ulteriore sviluppo dovrebbe essere rappresentato dall'esito dei lavori della Convenzione costituita a seguito della dichiarazione di Laeken del 2001, che tuttavia pare ancora assai incerto, proprio anche in relazione alla loro portata «costituente». Sul punto e più in generale sul «processo costituente» in corso nell'Unione europea può rinviarsi, in particolare, AA.VV., *Il processo costituente europeo*, a cura di P. BILANCIA, Milano, 2002, ai vari scritti apparsi in *Quad. cost.*, n. 3/2002, 439 ss., nonché, ancor più recentemente, a C. PINELLI, *La Carta Europea dei diritti e il processo di «costituzionalizzazione» del diritto europeo*, in AA.VV., *Riflessi della Carta dei diritti sulla giustizia e sulla giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI, Milano 2003, 55 ss.

[7] Si tratta del parere 28 marzo 1996, n. 2/94, con cui la Corte di giustizia dichiarò, infatti, che «allo stato attuale del diritto comunitario, la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»: v. la in *Foro it.*, 1997, IV, 13, con nota di richiami e osservazione di S. FORTUNATO.

Può peraltro ricordarsi come in un progetto del 1953 del Trattato CEE si fosse previsto che la CEDU risultasse parte integrante della nascitura Comunità.

[8] Cfr. M. CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, 2.

stente, nei singoli ordinamenti, tra diverse giurisdizioni, con i relativi conflitti ed i mezzi di soluzione dei medesimi [9].

Questi due organi, entrambi competenti, seppure – sia consentito ripeterlo – in modo assai diverso, a fornire tutela ai diritti fondamentali [10] (peraltro almeno potenzialmente e parzialmente differenti nei due ordinamenti di riferimento) sembrano destinati ad operare nella logica, certamente talvolta difficile da realizzare (ed infatti, come vedremo, in alcune limitate occasioni non realizzata), della «complementarietà» e della «integrazione» (e, quindi, parrebbe potersi aggiungere, della «collaborazione») tra giurisdizioni, come fu sottolineato, in particolare, dal Presidente Mirabelli nell'aprire l'*Incontro fra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, svoltosi al Palazzo della Consulta il 2 novembre 2000.

Tale «complementarietà» parrebbe addirittura richiesta dal «sistema» della «grande Europa», se consideriamo che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali «si rivolge al giudice nazionale, attore principale della protezione dei diritti e della libertà», al quale (specialmente quando si tratta «delle Corti costituzionali e supreme dei singoli Stati») spetta «di attuare il dettato convenzionale» [11]. Infatti, l'art. 13 della CEDU richiede la sussistenza di un «ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale» [12], mentre

---

[9] Cfr. anche C. MIRABELLI, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, 2000, 2 e 3.

[10] Con tale definizione non si intende prendere posizione nella annosa *querelle* in merito alla qualificazione dei diritti ritenuti «essenziali» per l'assetto stesso dell'ordinamento, su cui si rinvia, tra gli altri, ed in particolare, a P.F. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella costituzione italiana*, Padova, 1972; A. PACE, *Problematiche delle libertà costituzionali (Parte generale)*, Padova, 1990; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, ma si vuole piuttosto utilizzare un'espressione «neutra», che pare risultare confacente a due ordinamenti assai differenti tra loro come possono essere quello statale e quello della Convenzione europea.

[11] Queste le parole del Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo L. WILDHABER, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 4.

[12] In realtà – come ampiamente ricordato dalla dottrina e dalla giurisprudenza di Strasburgo – tale disposizione non richiede, a differenza di altre simili contenute in altri trattati internazionali (e contravvenendo alle richieste che in sede di redazione furono avanzate, ad esempio, dai rappresentanti del Regno Unito), che il suddetto ricorso possa essere rivolto ad un giudice, per quanto sia orientamento consolidato della stessa Corte europea dei diritti dell'uomo che tale autorità debba comunque offrire garanzie di indipendenza ed imparzialità (cfr. sent. *Silver* c. *Regno Unito* del 25 marzo 1983), tali da far emergere il giudice come privilegiato destinatario del ricorso. Sulla disposizione in questione sia consentito rinviare a A. PERTICI-R. ROMBOLI, *sub* art. 13, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 377 ss., e, per quanto concerne in particolare la questione dell'autorità competente, 396 ss.

all'art. 35, comma 1, è previsto, tra le condizioni di ricevibilità dei ricorsi da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, il previo esaurimento delle vie di ricorso interne (principio di sussidiarietà) [13], imponendo sostanzialmente una «collaborazione-integrazione» tra le giurisdizioni nazionali e quella della CEDU: come è stato affermato da molti anni, ed è stato anche recentemente più volte ribadito, soprattutto in occasione di casi riguardanti la durata ragionevole dei processi (dai quali la Corte europea teme infatti di essere ingolfata) [14], il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali funzionerà tanto meglio quanto più sarà possibile ottenere la stessa da parte degli organi dei singoli Stati [15]. Il meccanismo di protezione «europeo», infatti, dovrebbe attivarsi soltanto laddove non funzioni il sistema interno e soltanto in tal modo potrà riuscire a mantenere – pur a fronte del considerevole aumento degli Stati membri – l'efficienza necessaria per il buon funzionamento dell'intero sistema.

Tuttavia, come è stato a nostro avviso già assai ben sottolineato, quella prevista dal sistema della CEDU è una «complementarietà dal punto di vista del soggetto tutelato» [16], che però *può* non realizzarsi dal punto di vista degli ordinamenti e, quindi, dei sistemi di tutela, i quali possono entrare in conflitto quando, proprio a causa della sussistenza della «complementarietà» degli strumenti predisposti da questi diversi ordinamenti a tutela dei diritti fondamentali del singolo, quest'ultimo veda darsi torto dal giudice costituzionale e poi ragione dalla Corte europea [17] (il carattere sussidiario del ricorso a quest'ultima tende ad escludere il contrario, in quanto ove il singolo si fosse visto dare ragione dal giudice costituzionale non avrebbe poi presentato ricorso all'istanza internazionale).

---

[13] Sul punto, cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *sub* art. 35, I, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 579 ss. Pare tuttavia da precisare almeno che la Corte europea non ha interpretato la disposizione in questione in modo troppo rigido, ammettendone la deroga in presenza di particolari circostanze: cfr., tra le altre, sent. 18 dicembre 1996, *Aksoy* c. *Turchia* o, ancora più recentemente, sent. 22 maggio 2001, *Baumann* c. *Francia*.

[14] Tra le decisioni meno recenti, può ricordarsi in tal senso, la sent. 23 luglio 1968, relativa al caso *Commissione* c. *Belgio*, mentre tra le più recenti può farsi riferimento, per tutte, alla sent. 26 ottobre 2000, relativa al caso *Kudla* c. *Polonia* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2001, 260), in cui si sottolinea con assoluta chiarezza come l'art. 13 sia il presupposto dell'art. 35 della CEDU.

[15] Cfr. in particolare quanto affermato da J.P. COSTA, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 15.

[16] G. ZAGREBELSKY, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 103.

[17] Fin dal dibattito svoltosi in seno all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa al momento della redazione della CEDU uno dei motivi di opposizione all'introduzione del ricorso diretto fu proprio la considerazione che, in tal modo, si sarebbe potuta creare un'interferenza della giurisdizione internazionale con quelle interne. In merito, cfr., più dettagliatamente, C. RUSSO-P.M. QUANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, 2000, 8.

Certamente tali conflitti paiono potersi verificare maggiormente nell'ipotesi in cui anche nell'ordinamento interno sia previsto un ricorso costituzionale diretto a tutela dei diritti fondamentali, in quanto in tal caso si può realizzare più facilmente un'esatta «duplicazione» della richiesta di tutela del medesimo diritto, ma non pare da escludere che la medesima situazione possa emergere anche in assenza di suddetto strumento. Infatti, tale ipotesi si è verificata – seppure con connotazioni parzialmente diverse e con una differente evidenza – sia in ordinamenti che prevedono il ricorso costituzionale diretto sia in ordinamenti che, invece, ne sono privi, come avremo occasione di vedere meglio nel prosieguo del lavoro[18]. Senza considerare poi che anche nel corso di un giudizio di fronte alla Corte costituzionale potrebbero realizzarsi violazioni di diritti sanciti dalla CEDU, che potrebbero essere denunciate di fronte alla Corte di Strasburgo, la quale finirebbe così, sostanzialmente, per porsi come giudice del giudice costituzionale stesso ed una sua eventuale pronuncia che accertasse la dedotta violazione realizzerebbe certamente anch'essa, seppure in modo assai diverso da quello precedentemente indicato, un conflitto tra le due Corti[19].

Con queste brevi anticipazioni in merito ai contrasti che possono realizzarsi tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo non si vuole certamente dare l'impressione di ritenere che esse siano perennemente destinate allo scontro, ed anzi, anche sulla base della breve indagine da noi compiuta sulla giurisprudenza costituzionale italiana e su quella europea, pare di poter anticipare come abbiamo avuto occasione di constatare, almeno in linea generale, proprio il contrario, e cioè che questi due soggetti hanno trovato, fino ad ora, un buon equilibrio, potendosi così confermare l'opinione varie volte espressa dalla dottrina per cui la compresenza di più strumenti realizza una migliore protezione dei diritti fondamentali[20]. Tuttavia, non sarebbe parso serio non mettere in luce fin dall'inizio che le (latenti) vie di conflitto esistono e – seppure in occasioni limitate e in cui la Corte costituzionale italiana non risulta essere stata, ad oggi, mai direttamente coinvolta – si sono già concretamente verificate.

Dopo avere dato sommariamente conto delle «ragioni» del confronto tra le due Corti, pare opportuno, prima di entrare maggiormente nel vivo dell'indagine, puntualizzare anche i limiti del medesimo, che paiono imposti anzitutto dalla differenza tra gli ordinamenti di riferimento ed in secondo luogo dalle diverse caratteristiche funzionali delle due giurisdizioni.

Dal primo punto di vista, in particolare, come è stato già compiutamente sot-

---

[18] Cfr. *infra*, § 4.

[19] Anche su questo punto cfr. *infra*, § 4.

[20] In tal senso, tra i numerosi altri, cfr. A. GIARDINA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, Roma, 1997, 220, con il quale non pare invece potersi pienamente concordare laddove ritiene non costituire un problema quello di «risolvere ipotetici conflitti fra Corti», anche perché – come vedremo meglio – essi si sono concretamente verificati, dimostrando così di non essere per nulla «ipotetici».

tolineato [21], non pare potersi trascurare come le due Corti operino in presenza di un quadro normativo che potremmo definire «architettonicamente» diverso. La Corte costituzionale italiana (come in generale i corrispondenti organi degli altri Paesi), infatti, è inserita in un ordinamento in cui vi sono due fonti di garanzia dei diritti fondamentali: la costituzione e la legge. Tra queste, la prima pone il contenuto (più o meno) essenziale dei diritti, mentre la seconda deve poi generalmente provvedere alla specificazione e all'attuazione dei medesimi, entro i limiti, appunto, costituzionalmente definiti (ferma restando, in mancanza dell'intervento legislativo, la eventuale possibilità di procedere all'applicazione diretta del dettato costituzionale da parte del giudice [22]). In questo contesto, la giurisdizione costituzionale si pone come termine di collegamento, peraltro soltanto eventuale, tra l'attività costituente e quella legislativa, in modo che la seconda non contravvenga alla prima. Nell'esercitare tale funzione, la Corte costituzionale, svolgerà una (tendenzialmente) limitata funzione di «produzione normativa» (normalmente di competenza, appunto, del legislatore). D'altra parte, la stessa compirà un'importante funzione interpretativa, anche in relazione ai diritti fondamentali, sia nei confronti dei precetti legislativi, sia nei confronti di quelli costituzionali, che possono trovare anzi in tale sede una importante attualizzazione, ma sempre nei limiti del dettato costituzionale (alla quale è sottoposta almeno quando non contrastante con i princìpi fondamentali della stessa Costituzione), ed anche del rispetto degli spazi di competenza del legislatore, al quale non potrà in ogni caso sostituirsi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, opera in un sistema in cui vi è – a differenza di quanto è a lungo avvenuto (ed, entro certi limiti, continua ad avvenire) nella «piccola Europa» [23] – un testo normativo («sostanzialmente» costi-

---

[21] In merito, cfr. F. BALAGUER CALLEJON, *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa*, cit., 115 ss.

[22] In argomento cfr. G. SORRENTI, *La «manifesta infondatezza» delle questioni di legittimità costituzionale e l'applicazione diretta della Costituzione nella prassi giudiziaria. Ovvero: una ricerca empirica su una risalente ipotesi di rinnovata attualità*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione». Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, Atti del Convegno di Pisa del 25 e 25 maggio 2001, a cura di E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, Torino, 2002, 76 ss. e dottrina ivi richiamata.

[23] Ciò parrebbe, in certa misura, superato a seguito dell'approvazione della «Carta di Nizza», la quale, tuttavia, essendo stata soltanto «proclamata» congiuntamente dal Consiglio dell'Unione europea, dal Parlamento e dalla Commissione, rimane un documento privo di efficacia giuridica (come ricordato anche recentemente dalla Corte cost. nella sent. n. 135 del 2002), nonostante l'indubbia portata sul piano politico e le dichiarazioni di «sostanziale» vincolatività rese dai massimi rappresentanti delle istituzioni europee ed i perentori richiami ad un utilizzo di questa in sede giudiziale da parte, ad esempio, dell'avvocato generale Tizzano. Sul punto cfr. M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 1009 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in

tuzionale [24]) in cui sono sanciti i diritti fondamentali (la CEDU ed i successivi Protocolli I, IV, VI e VII), ma in cui – a differenza, invece, di quanto avviene negli ordinamenti statali – non vi è un livello (corrispondente a quello) legislativo, sottostante a quello delle enunciazioni della Convenzione, che, anche ove dotate di una certa specificità (in alcuni casi, e segnatamente in quelli relativi alla materia processuale, soprattutto penale, certamente maggiore di quella riscontrabile per i corrispondenti diritti nella Costituzione italiana), non lo saranno mai tanto quanto quelle contenute negli atti legislativi [25]. Ora, se il compito di attuare e far vivere i diritti enunciati nella CEDU è anzitutto delle istituzioni competenti dei diversi Stati membri, la Corte europea poi dovrà verificare che l'attuazione di tali diritti sia stata compiuta (correttamente) e farà ciò esclusivamente sulla base della sua «carta fondamentale» [26] (senza potersi avvalere di quel «termine medio»

AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, Atti del Convegno di Genova del 16-17 marzo 2001, *Annali della facoltà Giurisprudenza di Genova*, vol. XXI, a cura di P. COSTANZO, 2001-2002, in part. 204 ss.; A. PERTICI, *La «giustiziabilità» dei diritti fondamentali tra Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, *ibid.*, 146 ss.; L. AZZENA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *L'attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, a cura di S. PANIZZA-R. ROMBOLI, Pisa, 2002, 206 ss.

[24] La stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti definito la CEDU come «*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*»: cfr. sent. 23 marzo 1995, *Loizidou* c. *Turchia* (in *Riv. dir. internaz.*, 1995, 759 e in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1995, 483).

[25] In proposito pare da ricordare come sia stato più volte sottolineato da parte della dottrina italiana e straniera il carattere spesso piuttosto impreciso della formulazione dei diritti da parte della CEDU: cfr., in particolare, M. MELCHIOR, *Notions «vagues» ou «indeterminées»*, *et «lacunes» dans la Convention europeenne del Droits de l'homme*, in F. MATSCHER-H. PETZOLD (ed.), *Protecting Human Rights: the European Dimension*, *Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, 411 ss.; A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, in part. 12 ss., il quale ritiene, appunto, che una siffatta redazione dei diritti presupponga una «figura "forte" di magistrato giudicante […] dotato di una forte legittimazione sociale, al quale si affida la salvaguardia dei "valori" comunemente condivisi», anche prescindendo «dagli enunciati delle disposizioni da applicare». C. GREWE, *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, in F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1998, 201, poi, rileva come il carattere «generale e aperto» delle disposizioni della CEDU le renda simili a quelle costituzionali, ciò determinando, quindi, un elemento di contatto tra la giurisdizione costituzionale e quella di Strasburgo. Su questo specifico punto, in realtà, almeno per quanto riguarda l'Italia, ci pare di poter concordare soltanto in parte, sia proprio a causa dei diversi «riferimenti normativi» che il sistema interno offre rispetto a quello internazionale, sia – come vedremo meglio nel prossimo paragrafo – proprio per la differenza ravvisabile nella formulazione delle disposizioni della CEDU rispetto a quelle costituzionali.

[26] Sul punto cfr. anche C. RUSSO-P.M. QUANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, cit., 46 ss. In proposito pare appena il caso di ricordare altresì come, in effetti, sia lo stesso art. 32 CEDU ad attribuire alla Corte la compe-

che è la legge per la giurisprudenza, costituzionale e non, degli Stati), essendo così – come è stato sottolineato [27] – «più «libera» di "creare" valori normativi nuovi attraverso l'interpretazione della Convenzione» [28]. La definizione dei diritti fondamentali, che negli Stati avviene attraverso l'interazione tra il quadro normativo, di rango costituzionale e legislativo, e la giurisprudenza, a livello europeo si realizza soltanto nel rapporto tra la normativa, per così dire, «costituzionale» e la sua applicazione in giudizio. Ciò determina, naturalmente, una maggiore libertà della Corte europea nella specificazione ed attualizzazione dei diritti, non dovendo rispettare ambiti riservati al legislatore, e dall'altro rende altresì il suo intervento probabilmente ancor più necessario per far vivere i diritti fondamentali.

Un'altra importante differenza concerne poi il fatto che, sebbene – come abbiamo accennato – entrambe le Corti svolgano (anche) la funzione di tutelare i diritti fondamentali, esse lo fanno da una diversa posizione. Infatti, la Corte costituzionale è inserita *nel* sistema nel quale si realizzano le violazioni dei diritti fondamentali da parte dei pubblici poteri, ed in particolare – almeno per quanto specificamente concerne la Corte costituzionale italiana – da parte del legislatore, e sarà pertanto maggiormente sensibile alla necessità di preservare determinati equilibri istituzionali [29], tendendo altresì a tenere in particolare considerazione il «contesto» giuridico ed anche politico e storico-politico nel quale la sua decisione va ad inserirsi.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, invece, è al di sopra, o, forse meglio (onde evitare termini evocativi di qualunque sorta di gerarchia), *al di fuori* dell'ambito dell'ordinamento nel quale la violazione dei diritti fondamentali da parte delle pubbliche autorità (complessivamente intese) si è verificata [30]. Ciò de-

---

tenza anche su «tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste dagli articoli 33, 34 e 37».

[27] C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, 400.

[28] Certamente di fronte ad una Corte così «libera di creare» potrebbero probabilmente riproporsi i problemi di legittimazione democratica più volte sollevati già per la Corte costituzionale su cui cfr., per tutti, C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984. In proposito, tuttavia, cfr. anche le obiezioni di C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 403.

[29] Come sottolinea F. BALAGUER CALLEJON, *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa*, cit., 115, il riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali, a livello statale, «non solo ha una funzione di garanzia nei confronti dei diritti stessi, bensì serve anche da strumento basilare per conseguire l'equilibrio tra i poteri».

[30] Osservazioni in parte analoghe sono state anche recentemente fatte da C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 400 ss., il quale sottolinea peraltro come anche la sostanziale assenza di un rapporto diretto con l'opinione pubblica si riveli determinante nell'individuare le differenze nell'azione delle due Corti.

termina, naturalmente, una diversa «prospettiva» al momento in cui si tratta di stabilire se vi è stata la violazione di un diritto fondamentale da parte delle pubbliche autorità. Infatti, la Corte europea, più «lontana», agirà, in certo qual modo, più liberamente, essendo meno legata alle circostanze contingenti, con i vantaggi che derivano dalla (conseguente) maggiore e, se vogliamo, più «schietta» attenzione per il singolo privato e per il suo diritto, e, però, d'altra parte, con alcuni svantaggi, esattamente speculari ai vantaggi, derivanti dal fatto che, come già rilevato [31], alla buona conoscenza del parametro non si accompagna, nel giudice europeo, una altrettanto buona conoscenza dell'oggetto, e che potranno portare, in alcuni casi, a prendere decisioni insensibili a particolari esigenze dello Stato che una Corte costituzionale potrebbe invece ritenere addirittura degne di prevalere, entro determinati limiti, ed in particolari circostanze, sulla stessa piena realizzazione di un diritto fondamentale. Questo, tuttavia, in linea generale e – a quanto ci consta – anche almeno parzialmente teorica, in quanto la Corte europea, nonostante la sua «lontananza» pare, almeno fino ad ora, avere mostrato una certa sensibilità anche nei confronti del «contesto interno» nel quale la sua decisione finisce poi per ricadere [32].

Certamente, però, questo elemento di differenziazione, facendo risaltare una insopprimibile differenza di «prospettiva», mostra come la concorrente giuri-

---

[31] Cfr. ancora F. BALAGUER CALLEJON, *Livelli istituzionali e tecniche di riconoscimento dei diritti in Europa*, cit., 126.

[32] Come noto, la CEDU prevede all'art. 15 la possibilità per gli Stati di adottare, in caso di stato d'urgenza, misure derogatorie rispetto agli obblighi previsti dalla Convenzione, sui cui motivi la Commissione e la Corte hanno affermato la propria competenza ad esercitare il proprio sindacato, adottando la c.d. «dottrina del margine d'apprezzamento» (peraltro non certo limitata a questa disposizione, ma applicabile alle diverse ipotesi di deroga, su cui cfr., in questi stessi *Atti*, F. DONATI-P. MILAZZI, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo* e la dottrina ivi citata. In merito all'art. 15 CEDU in generale, si rinvia, poi, a G. CATALDI, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 425 ss. Anche al di là dell'applicazione della citata disposizione e della «dottrina del margine d'apprezzamento», tuttavia, la Corte europea, nella sua giurisprudenza, ha in più occasioni cercato di valutare con attenzione anche la situazione interna degli Stati. Ciò pare essersi verificato, in particolare, per limitarci ovviamente soltanto ad alcuni esempi, nel caso *Klass* c. *Germania*, deciso dalla Corte con sent. 6 settembre 1978, e nel caso *Leander* c. *Svezia*, deciso dalla Corte con sent. 26 marzo 1987. In entrambe le ipotesi un cittadino lamentava la violazione da parte del proprio Stato degli artt. 8 e 13 della CEDU, ma la Corte ha ritenuto che le limitazioni al diritto al rispetto della vita privata e familiare fossero giustificate da superiori esigenze di sicurezza nazionale, necessarie in una società democratica e che la (conseguente) limitazione del diritto ad un ricorso effettivo in proposito fosse imposta proprio in ragione di tale esigenza di segretezza, fino ad affermare, nel decidere il caso *Klass*, che «un "ricorso effettivo" secondo l'art. 13 deve intendersi come ricorso tanto effettivo quanto può esserlo». In merito cfr. A. PERTICI-R. ROMBOLI, *sub* art. 13, cit., 400 ss.; nonché V. ZENO ZENCOVICH, *sub* art. 8, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 311 ss.

sprudenza delle due Corti possa, da un lato, risultare utile, appunto, ad un reciproco completamento, e dall'altro, però, possa essere latrice di una diversa «sensibilità» e di conseguenti diverse (ed eventualmente contrastanti) risposte rispetto alle stesse (o ad analoghe) richieste di tutela.

Proseguendo nell'evidenziare le distanze esistenti tra le due giurisdizioni in raffronto, pare soltanto da ricordare come, mentre la Corte europea è l'organo appositamente preposto alla tutela dei diritti fondamentali (sanciti nella CEDU e nei successivi Protocolli I, IV, VI e VII), la Corte costituzionale italiana ha una serie di attribuzioni, comprendenti – secondo autorevole dottrina – «tutti i casi in cui sia necessario individuare una istanza neutrale per lo svolgimento di funzioni costituzionali non partigiane» [33], attraverso il cui esercizio, ed in particolare attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi in via incidentale, ha svolto *anche* la funzione di tutelare i diritti fondamentali costituzionalmente (esplicitamente o implicitamente) previsti. Infatti, anche considerando per un attimo la più generale situazione della giustizia costituzionale a livello europeo, pare da rilevare come la funzione di tutela dei diritti fondamentali da parte dei relativi organi sia venuta «progressivamente enucleandosi […] dal più tradizionale profilo del sindacato di costituzionalità delle leggi» [34]. Tuttavia, mentre in alcuni ordinamenti la tutela dei diritti fondamentali da parte del giudice costituzionale avviene in base all'espressa attribuzione di tale specifica competenza, cosicché coloro che ritengono di essere stati lesi in una situazione giuridica soggettiva ritenuta dal medesimo ordinamento «fondamentale» possono adire la giustizia costituzionale, in altri ordinamenti, come quello italiano, manca la specifica attribuzione di tale competenza alla Corte costituzionale. Quest'ultima, quindi, come noto, ha assicurato la tutela dei diritti fondamentali attraverso il controllo di legittimità costituzionale in via incidentale. Pur non mancando opinioni dottrinarie favorevoli all'introduzione di un ricorso costituzionale a tutela dei diritti fondamentali, come era stato prospettato anche pochi anni fa in sede di revisione costituzionale [35], pare generalmente riconosciuto che il vigente sistema ha comunque consentito alla Corte di svolgere in modo solitamente adeguato anche il compito di tutela dei diritti fondamentali [36]. Tuttavia, ciò non pare poter indurre

---

[33] Così G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 472.

[34] Così S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, in A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Atti del seminario di Firenze svoltosi il 28-29 maggio 1999, Torino, 2000, 85.

[35] Sia con riferimento alle diverse posizioni espresse in sede scientifica, sia per quanto concerne le ipotesi di revisione costituzionale, ed in particolare quella avanzata dalla commissione parlamentare per le riforme costituzionali istituita con l. cost. n. 1 del 1997, può rinviarsi a S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, cit., 81 ss.

[36] In proposito vorremmo tuttavia ricordare come V. ONIDA, *La Corte e i diritti. Tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni dall'istituzione della prima cattedra in Europa*, Atti del Convegno di Ferrara, 2-3 maggio 1997, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1998, 177 ss., nonché ID., *La Corte e i dirit-*

a trascurare che la presenza di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali, come è previsto – per quanto a noi specificamente interessa – di fronte alla Corte di Strasburgo [37], soprattutto dopo la riforma intervenuta a seguito dell'entrata in vigore del protocollo n. 11, implichi delle differenze nella tutela dei medesimi diritti.

In Italia, infatti, la tutela di un diritto fondamentale di un individuo da parte della Corte costituzionale deve avvenire necessariamente attraverso il controllo di una legge o di un atto avente forza di legge (salva la configurabilità della tutela del medesimo attraverso un giudizio per conflitto d'attribuzione, che pare, in realtà, assai remota) e ciò comporta, in primo luogo, una maggiore ristrettezza dell'ambito degli atti dei pubblici poteri contro i quali può ottenersi tutela a Roma, rispetto a quanto avvenga a Strasburgo, presso la cui Corte possono essere fatte valere violazioni dei diritti fondamentali perpetrate anche dalle autorità diverse dal legislatore (come, del resto, avviene anche davanti ai giudici costituzionali, come quello tedesco o quello spagnolo, ai quali è possibile rivolgersi attraverso il ricorso diretto) [38]. Inoltre, per quanto nella distinzione tra sistemi «con-

---

ti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale, in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, tomo II, 1095 ss., pur avendo riconosciuto i risultati positivi concretamente raggiunti nella tutela dei diritti fondamentali con il sistema incidentale di controllo della costituzionalità delle leggi non abbia mancato di porre d'altra parte in luce una serie di ipotesi rispetto alla cui tutela il sistema vigente risulta difettoso, a differenza di quanto accadrebbe, invece, con l'introduzione di un ricorso diretto, pur secondo modalità idonee a limitare l'impatto sul funzionamento della Corte. Simili osservazioni sono state più recentemente svolte anche da V. BARSOTTI-V. VARANO, *Standing to Raise Constitutional Issues*, in AA.VV., *Italian National Reports to the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane 2002*, in *Quad. Rass. Forense*, n. 9, 2002, 601 ss. ed in part. 623 ss.

[37] Trattandosi di una forma di ricorso diretto, specificamente rivolta a tutelare diritti fondamentali ed esperibile – in virtù del principio di sussidiarietà di cui si è detto – una volta esauriti gli altri rimedi a disposizione del soggetto stesso, essa pare sostanzialmente riconducibile al «modello» di ricorso costituzionale sorto, nella seconda metà del XIX secolo, in alcuni Paesi d'area germanica (cfr. S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, cit., 87), ed oggi adottato in alcuni ordinamenti, come quello tedesco o quello spagnolo. All'assenza di un simile strumento di tutela dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento, peraltro, era stato ritenuto (già prima della riforma del Protocollo n. 11) che potesse porre «rimedio» proprio la presenza del ricorso a Strasburgo: cfr. M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 13 e 14 novembre 1989, Milano, 1990, 31 ss., il quale, infatti, nell'occasione si esprimeva nel senso di un superamento della sua ben nota precedente opinione in base alla quale sarebbe stato opportuno introdurre un ricorso costituzionale diretto anche nel nostro ordinamento, poiché non gli sarebbe parso opportuno aggiungere questa ulteriore competenza alla Corte costituzionale, anche e soprattutto in considerazione del fatto che il sistema incidentale si è mostrato idoneo a consentire un controllo di costituzionalità sostanzialmente privo di lacune.

[38] Sul punto cfr. L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamenatli*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1988, 11 ss., nonché A. ANZON, *Per una più ampia*

creti» ed «astratti», quelli che – come l'italiano – prevedono un controllo incidentale di costituzionalità siano stati ricondotti nella prima categoria [39], essendovi (normalmente) ripercussioni sul caso *sub iudice*, pare che il fatto che questi si pongano comunque come giudizi sulla legge determini un minor grado di «concretezza» dei medesimi rispetto a quanto avvenga nelle ipotesi di ricorso diretto, le quali sono volte all'esclusiva tutela di *quel* diritto di *quel* soggetto [40].

Quindi – come vedremo meglio nel prosieguo del lavoro – anche la giurisprudenza relativa alla violazione del medesimo diritto della Corte costituzionale italiana e della Corte europea dei diritti dell'uomo non risulta sempre ben comparabile, proprio perché le due Corti hanno un ambito d'incidenza parzialmente diverso e determinati tipi di violazione di un diritto, pur riconosciuto sia nella Costituzione che nella CEDU, possono o essere affrontati sotto aspetti molto diversi nelle due sedi, o, in taluni casi, non riuscire neppure a giungere all'esame della Consulta.

Il ricorso diretto (sul quale – sia consentito precisarlo – non si intende in questa sede esprimere alcuna posizione né favorevole né contraria, ciò comportando una complessa riflessione che certamente esula dallo scopo del presente lavoro), infatti, è certamente più agevole da esperire per tutti coloro che si ritengano «vittima di una violazione» (così la CEDU) di un diritto fondamentale da parte di una pubblica autorità ed offre altrettanto certamente una tutela più completa, meno a rischio di «zone franche». Non a caso, infatti, è stato rilevato come il minor numero di ricorsi alla Corte, in proporzione alla popolazione, provenga proprio da quei Paesi che, come la Spagna e la Germania, hanno già al loro interno un ricorso diretto a tutela dei (propri) diritti fondamentali, mentre assai numerosi sono i casi prospettati da cittadini francesi, privi, come ben noto, della possibilità di accedere in qualunque modo alla giustizia costituzionale [41].

---

garanzia dei diritti costituzionali dinanzi alla Corte: il ricorso individuale diretto, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. ANGIOLINI, Torino, 1992, 26 ss.

[39] Cfr. A. PIZZORUSSO, *Premessa*, in J. LUTHER-R. ROMBOLI-R. TARCHI, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 1999, V ss.

[40] In tal senso cfr. anche M. CHIAVARIO, *Cour européenne des droits de l'homme et Cour constitutionnelle italienne: quelques notes pour une comparaison*, in AA.VV., *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, 1991, 556 ss. La maggiore attenzione specifica per il caso concreto da parte della Corte europea sarebbe presente anche nelle pur assai ampie motivazioni delle sue decisioni, in cui essa «*répugne de juger de questions de principe*», a differenza di alcune Corti costituzionali, tra cui appunto quella italiana, che «*à travers leurs décisions […] délivrent le message de leur politique jurisprudentielle*»: cfr. C. GREWE, *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, cit., 214 ss., che, tuttavia, sottolinea come non sia riscontrabile una perfetta corrispondenza tra concretezza dei sistemi e delle motivazioni.

[41] In tal senso J.P. COSTA, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 15, il quale rileva, appunto, che «*plus les personnes peuvent faire protéger leurs droits fondamentaux par la Cour Constitutionnelle et moins elles éprouvent le besoin de saisir la Cour européenne des Droits de l'Homme*».

Fatte queste premesse sulle caratteristiche principali dei due sistemi, pare di poter quindi procedere a verificare più concretamente i diversi aspetti dei rapporti che possono intercorrere tra i due organi giurisdizionali in esame, rapporti che sembrano, in effetti, non solo (almeno potenzialmente) numerosi ma anche assai complessi e poliedrici.

2. L'utilizzo della CEDU e della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo da parte della Corte costituzionale italiana (e viceversa?)

Come emerse anche nel corso del più volte ricordato *Incontro fra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, nel considerare i rapporti tra le due Corti pare importante soffermarsi sul parametro utilizzato dalle stesse, per verificarne il grado di identità e (quindi) di potenziale sovrapposizione.

In proposito pare anzitutto da sottolineare come la «tecnica redazionale» con cui sono formulati i diritti fondamentali nella Costituzione italiana e nella CEDU sia piuttosto differente, in ragione, ancora una volta, del diverso carattere (rispettivamente nazionale ed internazionale) dei due ordinamenti. Ciò, infatti, comporta che nella CEDU, essendosi dovuto tenere conto delle esigenze di diversi Stati (al cui minor numero iniziale faceva da contrappeso il minor grado di «integrazione europea» presente nel 1950), oltre che delle marcate differenze «trasversali» esistenti tra i diversi movimenti presenti all'interno dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, i diritti siano stati formulati – come accennavamo – almeno per la maggior parte, in modo piuttosto generico, e siano stati, d'altro lato, accompagnati da tutta una serie di eccezioni, capaci di provocarne un significativo indebolimento [42]. Tali esigenze non si sono manifestate al costituente italiano, il quale, al contrario, per la volontà di contrapporsi al regime del periodo immediatamente precedente, oppressivo delle più fondamentali libertà dell'uomo, ed altresì di segnare una distinzione rispetto alla fase «liberale» del Regno, ha previsto disposizioni assai «avanzate» in merito ai diritti fondamentali. Con questa constatazione, tuttavia, non si intende negare il valore che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo può dispiegare (e – pur con tutti i limiti che diremo – è effettivamente riuscita in qualche misura a dispiegare) per la protezione dei diritti fondamentali nel nostro ordinamento, almeno in funzione, per così dire, «integrativa» o «interpretativa» dei precetti costituzionali [43].

---

[42] Sul punto pare di poter trovare conforto nelle affermazioni di A. Pace, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., 11.

[43] Sul punto ed in particolare per quanto concerne la possibile distinzione tra il diverso

In particolare, pare decisamente troppo perentoria l'affermazione della Corte costituzionale nella sent. n. 388 del 1999 [44], secondo la quale «i diritti umani garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» (essendo concepibile, al massimo, una diversità di «formule che li esprimono», le quali «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione») [45]. Peraltro, la stessa Corte costituzionale aveva in precedenza espresso un'opinione diversa, con la sent. n. 202 del 1985 [46], in cui aveva negato che il diritto alla «durata ragionevole» del processo, contemplato dall'art. 6, comma 1, della CEDU tra le garanzie del «giusto processo», potesse trovare riscontro nel dettato costituzionale [47]. In effetti, pure la dottrina che anche più recentemente ha inteso porre in luce la «limitata incidenza» della CEDU sul nostro ordinamento costituzionale, in considerazione della pari o maggiore capacità dei corrispondenti diritti previsti dalla

---

utilizzo delle disposizioni dei trattati internazionali e della CEDU in particolare in funzione «integrativa» o «interpretativa», cfr. D. ALBERGHINI, *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1999, 339 ss. In proposito, peraltro, l'Autrice esprime qualche dubbio sulla «possibilità e correttezza di ricavare significati normativi di disposizioni di rango costituzionale utilizzando materiali normativi derivanti da fonti di produzione di diverso livello». La consistenza di tale dubbio, tuttavia, sembra dipendere anche e soprattutto da quanto il giudice delle leggi si spinga oltre il significato fatto palese dalle parole del testo costituzionale grazie all'utilizzo della CEDU (o di altri trattati internazionali).

[44] In *Giur. cost.*, 1999, 2991 ss., con osservazioni di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*.

[45] Già in precedenti occasioni (cfr., ad esempio, la sent. n. 148 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1173), in realtà la Corte aveva sottolineato la superfluità di richiami a disposizioni della CEDU (o di altri trattati internazionali), ritenendo sufficiente per valutare la fondatezza o l'infondatezza della questione il riferimento alle disposizioni costituzionali, ma ciò era avvenuto con specifico riguardo a quella determinata questione, senza implicare una considerazione sui rapporti tra la Costituzione e le convenzioni internazionali sui diritti umani, come invece è avvenuto nella sentenza riportata nel testo.

[46] In *Giur. cost.*, 1985, 1554 ss.

[47] In effetti, pare singolare che l'affermazione della uguale o maggiore tutela costituzionale dei diritti fondamentali rispetto alla CEDU, almeno in termini così perentori e generali (perché in relazione a singoli diritti il riconoscimento di una tutela da parte della Costituzione almeno pari a quella offerta dalla CEDU vi era già stato: cfr., ad esempio, sentt. nn. 123 del 1970; 168 del 1994 e 399 del 1998, rispettivamente in *Giur. cost.*, 1970, 1545; *ivi*, 1994, 1254; *ivi*, 1998, 3454) avvenga proprio nella stessa sentenza in cui si riconosce la protezione costituzionale del diritto ad una durata ragionevole del processo in base all'art. 24 Cost. Infatti, potrebbe quasi sembrare – ma si tratta ovviamente di un'ipotesi priva di un solido fondamento – che, una volta sistemato in una disposizione costituzionale anche quel (unico?) diritto riconosciuto dalla CEDU, che, secondo il precedente avviso della Corte, ne rimaneva fuori, essa potesse affermare che tutti i diritti umani garantiti dalla Convenzione sono almeno parimenti garantiti anche dalla nostra carta fondamentale.

Costituzione italiana di garantire le medesime situazioni, ha comunque riconosciuto che, almeno in relazione ad alcuni specifici diritti (e segnatamente a quelli processual-penali e al rispetto della vita privata con particolare riferimento alla tutela della riservatezza) la CEDU ha comunque offerto più penetranti garanzie rispetto alla nostra carta fondamentale [48].

In effetti, se si potesse sostenere una perfetta coincidenza dei due «cataloghi» o, addirittura, che l'ordinamento costituzionale interno offre realmente sempre pari o maggiori garanzie rispetto alla CEDU, potrebbe finalmente lasciarsi cadere l'annoso problema del «rango» di quest'ultima nel nostro ordinamento e la discussione sulle diverse vie percorribili per assicurarle una «copertura» costituzionale. Non a caso, infatti, la Consulta, con la ricordata sent. n. 388 del 1999, utilizza l'argomento appena ricordato proprio per prescindere «dal valore da attribuire alle norme pattizie», delle quali si limita a dire, che «non si collocano per se stesse a livello costituzionale» [49].

Invece, in presenza, quantomeno limitatamente ad alcuni diritti, di una maggiore garanzia da parte della CEDU (soprattutto – come vedremo meglio tra poco – per come interpretata dalla Corte europea) [50], il problema della collocazione di quest'ultima all'interno del nostro ordinamento diviene essenziale per poter verificare se ed in quale misura il rispetto di tali (più ampi) diritti (o di alcuni aspetti dei medesimi) possa essere imposto anche al legislatore nazionale. Non sembrando questa la sede adatta a ripercorrere i ben noti numerosi tentativi compiuti in dottrina al fine di conferire alla CEDU (e agli altri trattati internazionali, almeno quando protettivi dei diritti fondamentali) una «copertura» costituzionale, e rinviando pertanto alle specifiche trattazioni in merito [51], pare da ricordare

---

[48] Cfr. ancora A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., 1 ss., il quale si sofferma poi in particolare ad esaminare l'importanza che il diritto alla riservatezza sancito dall'art. 8, comma 1, CEDU ha prodotto nel nostro ordinamento.

[49] Sul punto, cfr. specificamente *infra*, nota 53.

[50] In tal senso cfr. M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 7 ss.; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale a più facce*, in *Pol. dir.*, 1997, 360 ss.

[51] In particolare, tra i numerosi altri, cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, Torino, 1994, 55 ss.; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., 349 ss. ed ampia bibliografia ivi citata. A seguito della revisione del titolo V della Costituzione, e la previsione, al nuovo art. 117, comma 1, Cost. che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, *nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*» (corsivo nostro), il quadro pare essersi ulteriormente complicato. Su quest'ultimo punto rinviamo a C. PINELLI, *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione. I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001,V, 194 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. int.*,

come, *in linea di massima*, la Corte costituzionale non abbia aderito ad alcuna di esse, ritenendo, invece, che la CEDU (al pari degli altri trattati internazionali) assuma, nel nostro ordinamento, lo stesso valore dell'atto che le ha dato esecuzione, cioè quello della legge ordinaria. In realtà tale orientamento non risulta del tutto uniforme e privo di incertezze [52], e sembrerebbe avere raggiunto il «punto

---

2001, 921 ss.; G. GEMMA, *Rispetto dei trattati internazionali: un nuovo obbligo del legislatore statale*, in *Quad. cost.*, n. 3/2002, 605 ss.

[52] Infatti, oltre ai casi – su cui torneremo più specificamente nella successiva nota 57 – in cui la Corte costituzionale, dopo avere negato che le disposizioni della CEDU (o di altri trattati) potessero essere utilizzate come parametro di costituzionalità, ha, di fatto, esaminato nel merito il possibile contrasto delle norme impugnate, potendo suscitare quindi qualche perplessità sul reale valore delle stesse, se ne sono presentati anche altri, latori di un'ambiguità perfino maggiore. Tra questi può rientrare, a nostro avviso, la sent. n. 123 del 1976 (in *Giur. cost.*, 1976, 891), in quanto, a fronte delle argomentazioni del giudice *a quo*, che riteneva l'art. 501 c.p., relativo al reato di aggiotaggio, parzialmente incostituzionale, stabilendo limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero che non troverebbero giustificazione né nella Costituzione, né nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo o nella CEDU, che, «secondo autorevole dottrina, *avrebbero posizione e rango costituzionale*» (corsivo nostro), la Corte non prende alcuna espressa posizione sul valore dei suddetti trattati, sembrando così non intendere smentire il giudice *a quo* né quella «autorevole dottrina» alla quale egli si riferiva, tantopiù che scende poi a negare nel merito la congruenza del richiamo alle suddette disposizioni internazionali (il quale, per la precisione, sarebbe «assolutamente fuori luogo […], essendo intuitivo che questi testi non giustificano in alcun modo attentati contro la pubblica economia»). Tuttavia, una decisione che potrebbe presentare anche maggiori elementi idonei a prefigurare una qualche forma di «copertura costituzionale» della CEDU (andando in tal senso forse addirittura oltre la stessa sent. n. 10 del 1993), è la sent. n. 399 del 1998, cit. Infatti, in primo luogo, pare da segnalare come la Corte corregga la disposizione parametro che il giudice *a quo* aveva invocato per argomentare l'incostituzionalità degli artt. 159 e 160 c.p.p. *anche* in base all'art. 6 CEDU, spostandola dall'art. 11 all'art. 10 Cost., facendo ciò in modo assai sbrigativo, con un *«recte»* messo tra parentesi. In questo modo si potrebbe probabilmente pensare alla correzione di un mero errore materiale o comunque evidente in base alla motivazione dell'ordinanza di rimessione. Tuttavia, come noto, l'art. 11 Cost. costituisce, come l'art. 10, una delle disposizioni attraverso le quali la dottrina ha ritenuto di poter conferire una «copertura costituzionale» alle norme pattizie, per cui l'errore materiale deve ritenersi escluso. D'altra parte non sembrerebbe che dalla motivazione dell'ordinanza del Tribunale di Reggio Calabria risultassero neppure così chiari argomenti per ritenere che la disposizione costituzionale attraverso la quale si cercava di ottenere la «copertura costituzionale» dovesse essere necessariamente l'art. 10 Cost. e non potesse essere assolutamente l'art. 11. Con questa poco chiara ed assai frettolosa correzione, quindi, la Corte potrebbe quindi dare almeno l'impressione – basata certo, ci si rende conto, su un argomento un po' debole – di ritenere (al contrario di quanto aveva fatto più volte in precedenza: cfr., tra le altre, sentt. nn. 496 del 1991, in *Giur. cost.*, 1991, 4015 e 168 del 1994, cit.), l'art. 10 Cost., a differenza dell'11, idoneo a fondare la «copertura costituzionale» delle disposizioni pattizie (una siffatta «correzione» peraltro non compare in altre sentenze in cui pure è stato invocato l'art. 11 al medesimo fine: cfr. *ex pluribus* la ben nota sent. 388 del 1999, cit. Su questo punto, cfr. comunque, nel dettaglio, G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice a quo o piuttosto … se stessa? In tema di copertura costituzionale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Giur cost.*, 1999, 2301 ss. In merito all'intervento della Consulta sul parame-

di massima crisi» nella ben nota sent. n. 10 del 1993 [53], laddove si affermava che le disposizioni dei trattati internazionali (che nel caso erano l'art. 6, comma 3, della CEDU e l'art. 14, comma 3, lett. a), del Patto internazionale sui diritti civili e politici) provengono «da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, [sono] insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» [54]. In questo modo, quindi, la Corte era parsa op-

---

tro, cfr. S. PANIZZA, *L'individuazione del parametro ad opera della Corte costituzionale nel giudizio incidentale sulle leggi*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, Atti del seminario di Palermo, 28-29 maggio 1998, G. PITRUZZELLA-F. TERESI-G. VERDE, a cura di, Torino, 2000, 455 ss.). Da un altro punto di vista, poi, segnaliamo anche che non risulta dalla sentenza alcun riferimento al valore legislativo né «di per sé non costituzionale» (per riprendere le parole della sent. n. 388 del 1999) di tali disposizioni, per quanto il riferimento all'art. 6 sia considerato dal giudice costituzionale proposto «per corroborare» l'art. 24 Cost., il quale «appresta a favore dell'imputato garanzie non meno pregnanti». Infine, non può non ricordarsi che nella sent. n. 388 del 1999, come avevamo già avuto occasione di ricordare, la Corte ritenne di procedere «indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie, *che non si collocano di per se stesse a livello costituzionale*» (corsivo nostro). In effetti, in base a questa espressione «sibillina» (così, giustamente, L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, cit., 3006), potrebbe, forse, non senza qualche forzatura, ritenersi, da un lato, che se pure le norme pattizie «non si collocano […] a livello costituzionale» (al quale non le poneva neppure la sent. n. 10 del 1993, di cui diremo subito dopo nel testo) non è detto che si debbano collocare al livello di qualunque altra legge ordinaria, potendosi ipotizzare una collocazione a livello intermedio o almeno una forza passiva rinforzata (secondo il «modello» prospettato, appunto, dalla già menzionata sent. n. 10 del 1993), e dall'altro lato, che il fatto che queste norme non si collochino a livello costituzionale «di per se stesse» non esclude che ci si possano collocare grazie al riferimento ad una disposizione costituzionale. Si tratta – è bene ripeterlo – di elucubrazioni che si spingono probabilmente troppo oltre il significato fatto palese dalle parole utilizzate dalla Corte, ma alle quali certe ambiguità espressive sembrano lasciare (purtroppo) aperto il varco, che non parrebbe potersi ritenere occluso neppure dal richiamo della Corte a propri precedenti meno «ambigui», in considerazione del piuttosto «disinvolto» uso solitamente fatto dei medesimi (cfr. A. SAITTA, *Prime considerazioni sulla motivazione delle sentenze costituzionali, con particolare riguardo alla tecnica argomentativa dell'autocitazione*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Atti del seminario di Messina, 7-8 maggio 1993, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994, 290 ss.).

[53] In *Giur. cost.*, 1993, 52, con osservazione di N. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, e *ivi*, 1413, con osservazione di V. ANGIOLINI, *Rigetto interpretativo di «principio» e «regole» legislative*. In merito a tale sentenza, cfr. poi anche A. GIARDINA, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo*, cit., 231 ss., il quale ritiene che essa «riecheggi la ben nota sent. n. 170 del 1984», prospettando, cioè, anche in relazione alle norme contenute nei trattati internazionali ivi riportati, una distinzione tra ordinamenti in relazione a sfere di competenza. Tale parallelo, tuttavia, oltre che difficilmente praticabile in relazione ai diritti fondamentali (per i quali non sembra prospettabile una distinzione per sfere di competenza), parrebbe altresì spingere il significato della sentenza un po' troppo oltre quello fatto palese dalla formulazione letterale della sua motivazione.

[54] Simili considerazioni furono svolte dalla Cassazione penale nella nota sent. 12 maggio 1993, relativa al «caso Medrano» (in *Cass. pen.*, 1994, 439, con nota di G. RAIMONDI, *Un nuo-*

tare per la qualificazione delle leggi di esecuzione dei trattati internazionali almeno come dotate di forza passiva rinforzata. Tuttavia, il precedente pare non avere avuto *realmente* seguito [55] (pur essendovi state, talvolta, come si è appena ricordato, pronunce un po' «ambigue» in merito). A fronte di tale situazione parte della dottrina riterrebbe opportuno costituzionalizzare la CEDU, come è avvenuto, ad esempio, in Austria, o, altrimenti, introdurre nella Costituzione una disposizione analoga all'art. 10, comma 2, Cost. spagnola, che impone di interpretare «le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà che la Costituzione riconosce […] secondo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e i trattati ed accordi internazionali che in materia abbia ratificato la Spagna» [56].

Tuttavia, ciò che a noi in questa sede interessa è constatare come (*tendenzialmente*) la Corte costituzionale non riconosca valore costituzionale né di norma interposta alla CEDU e non la usi (quindi) come parametro nel controllo sulle leggi [57]. Questo, infatti, produce, a nostro avviso, rilevanti conseguenze

---

vo status nell'ordinamento italiano per la convenzione europea dei diritti dell'uomo), nella quale si fa appunto riferimento ad una «particolare forza di resistenza della normativa di origine convenzionale rispetto alla normativa ordinaria successiva».

[55] Ciò non è avvenuto neppure nell'ord. n. 64 del 1994 (in *Giur. cost.*, 1994, 370), nella quale la Corte ha dichiarato manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la stessa norma in relazione, sostanzialmente, agli stessi parametri, nonostante la «copertura costituzionale» delle disposizioni CEDU venisse prospettata in base agli artt. 10 e 11, anziché in base all'art. 76 Cost.

[56] Cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., in part. 68 ss.

In altre ipotesi, poi, le Costituzioni statali hanno fatto espresso rinvio ai trattati internazionali ai fini dell'individuazione dei diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti. Ciò è avvenuto in particolare con la Costituzione argentina del 1994. In proposito cfr. A. PIZZORUSSO, *I diritti umani negli ordinamenti statali contemporanei*, in AA.VV., *La Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., 152.

[57] Per la precisione, infatti, parrebbe corretto ritenere l'esclusione della parametricità della CEDU (e degli altri trattati) da parte della Corte soltanto *tendenziale*, perché – come abbiamo accennato nella nota 52 – pur a fronte della costante affermazione dell'esclusione della idoneità delle disposizioni pattizie a fungere da parametro (salvo quando, talvolta, si è preferito non dire niente in proposito), vi sono stati casi in cui poi la Corte ha comunque valutato nel merito la conformità della legge rispetto ad esse (pur giungendo sempre – a quanto consta – ad escluderlo): cfr., ad esempio, sentt. nn. 17 e 62 del 1981; 172 del 1987, nonché, in modo forse almeno in parte diverso e da un certo punto di vista meno esplicito, sentt. nn. 315 del 1990; 10 del 1993 e 342 del 1999 (in *Giur. cost.*, rispettivamente, 1981, 87 e 355; 1987, 1248; 1990, 2017; 1993, 61; 1999, 2686); sembrando cadere così in palese contraddizione (sul punto cfr., nello stesso senso, anche G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., 363 ss.).

D'altronde il valore costituzionale della CEDU pare negato anche in sede parlamentare, come è emerso con l'approvazione del nuovo art. 111 Cost., durante la (pur breve) discussione per l'approvazione del quale tale posizione ha avuto occasione di essere assai chiaramente esposta: si veda in proposito quanto affermato, ad esempio, dal sen. Centaro nella seduta del Senato del 18 febbraio 1999, n. 550.

dal punto di vista della «armonia» del sistema «concentrico» di protezione dei diritti fondamentali a livello europeo, al quale accennavamo anche in apertura. L'orientamento della Corte costituzionale sembra determinare, in primo luogo, alcuni vantaggi, diminuendo le possibilità di conflitto, visto che ciascuna Corte procede con la *sua* «Carta» [58]. Da un altro punto di vista, però, la suddetta soluzione sembra limitante proprio in quell'ottica di «europeizzazione» dei diritti fondamentali, alla quale la combinazione dei sistemi costituzionali statali con quelli sovranazionali ed internazionali dell'Unione europea e della CEDU sembrerebbe anelare. Infatti, parrebbe che la mancata utilizzazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per controllare il rispetto di questi ultimi da parte della legge italiana vada nel senso contrario al superamento dell'«esclusivismo degli ordinamenti», che alcuni considerano già raggiunto [59], ma che, invece, pare poter essere semmai un obiettivo per il cui conseguimento – ove si intenda realmente procedervi – si avrebbero a disposizione non pochi strumenti.

Certamente non può, però, trascurarsi come la mancata «parametricità» della CEDU non abbia comunque significato un assoluto mancato uso della stessa da parte della Corte costituzionale italiana [60]. Tale Convenzione, infatti, ha svolto, in alcune occasioni, una funzione di *ausilio interpretativo* (che potrebbe forse essere ritenuto, in effetti, il suo «naturale» *modus operandi*, in considerazione del fatto che essa – come accennavamo – pone obblighi di risultato minimi per gli Stati membri) [61], che ha consentito di ampliare la portata di alcune disposizioni costituzionali fino a farvi rientrare alcuni diritti che sarebbero veramente parsi privi di riconoscimento nel nostro ordinamento costituzionale [62], per quanto, in altre oc-

---

[58] In tal senso cfr. G. ZAGREBELSKY, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, 65 ss.

[59] In tal senso cfr. C. MIRABELLI, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, 2.

[60] In proposito pare anzi da rilevare come si sia assistito ad un progressivo incremento delle decisioni in cui la Consulta ha richiamato, in funzione integrativa o interpretativa del parametro costituzionale, norme di diritto internazionale pattizio (ed in particolare della CEDU), anche a causa del probabilmente ancor più frequente richiamo a tali norme da parte dei giudici *a quibus*: in proposito cfr. A. AMADEO, *I trattati internazionali innanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1998.

[61] Tale funzione pare espressamente riconosciuta dalla stessa Corte costituzionale, in particolare laddove, nella sent. n. 388 del 1999, afferma che «le diverse formule» che esprimono i diritti fondamentali «si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

[62] Sull'utilizzo della CEDU in funzione interpretativa dei precetti costituzionali si rinvia, in particolare, ancora a F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 86 ss.; G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani*, cit., in part. 363 ss.; L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, cit., 3009 ss.; nonché, più specificamente, a M. RUOTOLO, *La «fun-*

casioni, secondo parte della dottrina, l'utilizzo della CEDU abbia condotto anche ad una interpretazione restrittiva di alcuni diritti previsti dalla Costituzione[63], con un'operazione, quindi, che parrebbe poter contrastare con il c.d. «principio di favore» di cui all'art. 53 della CEDU, secondo il quale, infatti, «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possono es-

---

zione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali, in *Dir. soc.*, 2000, 291 ss., e alla giurisprudenza citata da questi Autori. In proposito vorremmo precisare che tali ipotesi, non risultano talvolta del tutto agevolmente distinguibili da quelle che abbiamo considerato relative all'uso della CEDU, di fatto, con funzione autenticamente parametrica. Infatti, ove la disposizione costituzionale, pur formalmente adottata come parametro, si rivelasse evidentemente scarsamente idonea a fondare un determinato diritto che pure la Corte ritiene di ricondurvi in virtù di un'interpretazione della stessa basata sulla disposizione convenzionale assai più chiara in merito, il parametro finirebbe per essere, di fatto sostanzialmente quest'ultimo. Ancora diversi sembrerebbero, invece, quei casi in cui la CEDU viene richiamata soltanto come disposizione «guida» di un articolo della Costituzione. Questo sembra essere avvenuto, in particolare, di recente, quando si è utilizzato come parametro di valutazione del «giusto processo», oltre all'art. 24 Cost. (già di per sé idoneo a fondare la garanzia in questione), il nuovo art. 111 Cost., il cui contenuto è ritenuto modellato «sulla falsariga» (sent. n. 78 del 2002, in *G.U.*, 1ª serie spec., 27 marzo 2002, n. 13) o «sulla scia» (sent. n. 305 del 2001, in *G.U.*, 1ª serie spec., 1° agosto 2001, n. 30) dell'art. 6, comma 1, della CEDU. A prescindere da ogni considerazione circa i rapporti tra l'art. 24 e l'art. 111 Cost. e tra quest'ultimo e l'art. 6 CEDU, su cui avremo eventualmente occasione di tornare nel prossimo paragrafo, pare qui da rilevare come un siffatto richiamo della disposizione convenzionale abbia carattere meramente *esornativo* e come, quindi, in questi casi essa non sia chiamata (più) a svolgere una funzione autenticamente interpretativa dell'art. 24, affidata alla «specificazione» contenuta ormai nell'art. 111 Cost. Tuttavia, se questa «integrazione interpretativa» dell'art. 24 Cost. in base al nuovo art. 111 Cost., anziché all'art. 6 CEDU, può essere probabilmente corretta nel caso della sent. n. 78 del 2002, in quanto la garanzia in questione era quella del giudizio equo ed imparziale, in relazione alla quale il testo convenzionale e quello costituzionale sembrano in effetti perfettamente sovrapponibili (pur in presenza di diverse formulazioni linguistiche), lo stesso non pare potersi dire per quanto concerne la sent. n. 305 del 2001, in cui veniva in considerazione il *diritto* alla «ragionevole durata» del giudizio, sancito come tale soltanto dalla CEDU (la Costituzione limitandosi a disporre che «la legge […] assicura la ragionevole durata» del processo). Ma anche su questo punto si vedano le specifiche considerazioni svolte nel prossimo paragrafo. Pare semmai qui da aggiungere soltanto che il richiamo all'art. 6 CEDU come disposizione «guida» avrebbe potuto assumere un maggiore significato, nei casi indicati, ove fosse servito per collegarsi alla giurisprudenza «europea» sul punto, cosa che, invece, non si è verificata.

[63] In tal senso cfr. A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., 11 ss. e giurisprudenza ivi richiamata. In effetti tale operazione sembra essere stata condotta, di recente, anche nella sent. n. 135 del 2002 (in *G.U.*, 1ª serie spec., 2 maggio 2002, ed str.), su cui cfr. *amplius*, *infra*, nota 144. In merito all'importanza del ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione della CEDU, cfr. ora anche B. CONFORTI, *Il ruolo della Corte di Strasburgo*, in AA.VV., *Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., 233 ss.

sere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi» [64].

Se l'utilizzo della CEDU da parte della Corte costituzionale italiana può, quindi, essere comunque considerato, tutto sommato, piuttosto modesto, e se, pertanto, questa ha effettivamente avuto, fino ad ora, una «limitata incidenza» sulla gran parte dei diritti fondamentali riconosciuti nel nostro ordinamento, decisamente ancor più ridotto risulta essere stato l'uso della giurisprudenza di Strasburgo [65]. Per quanto – come si comprende – i due aspetti siano legati, il secondo sembra tradire, quasi più del primo, una scarsa attenzione alla «circolazione» dei diritti in ambito europeo. Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, infatti, la giurisprudenza di Strasburgo è essenziale per attuare e «far vivere» i diritti sanciti nella CEDU, rappresentandone l'unico momento di specificazione e di attualizzazione, e, in effetti, la (vecchia) Corte e la Commissione, prima, e la (nuova) Corte, poi, con la loro giurisprudenza, hanno certamente contribuito ad un notevole sviluppo dei diritti fondamentali presenti «*sulla Carta*» [66]. Alcune delle interpretazioni «estensive» fornite in relazione ad alcuni diritti possono essere talvolta parse vere e proprie forzature, ma, al di là del giudizio sui singoli casi, non può ignorarsi come soltanto grazie a questa giurisprudenza la CEDU sia rimasta vitale anche di fronte all'evolversi delle situazioni giuridiche soggettive meritevoli di protezione [67]. Quindi, prendere in considerazione la CEDU (peral-

---

[64] Sul punto cfr. specificamente P. PUSTORINO, *sub* art. 53, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 741 ss.

[65] Tale orientamento, peraltro, sembrerebbe assai lontano da quello dei giudici comuni, che, invece, sempre più frequentemente – e con particolare evidenza a seguito dell'entrata in vigore della c.d. «legge Pinto» – sembrano dare un decisivo rilievo alla giurisprudenza di Strasburgo: in merito cfr. in particolare, in questi stessi *Atti*, B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit.

[66] Sul punto cfr. anche G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, 1999, 23, il quale, in particolare, ritiene che quello di utilizzare la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo all'interno degli Stati membri costituisca anche il modo di rendere effettivamente sussidiario l'intervento della Corte europea, contribuendo così anche a risolvere il problema dell'eccessivo carico di lavoro che – come dicevamo – è stato indotto soprattutto dal forte aumento del numero degli Stati membri.

[67] Si pensi, per fare un caso riguardante il nostro Paese, alla sentenza emessa dalla Corte europea il 19 febbraio 1998, in relazione al caso *Guerra ed altri* c. *Italia* (in *Foro it.*, 1999, IV, 281), nella quale il Governo italiano è stato condannato per non avere adottato le misure necessarie a diminuire il livello di inquinamento causato dallo stabilimento chimico Enichem a Manfredonia, in base all'art. 8 della CEDU, che – sia consentito ricordarlo – è rubricato come «diritto al rispetto della vita privata e familiare». Infatti – secondo i giudici di Strasburgo – l'inquinamento avrebbe causato un nocumento alla vita privata e familiare, nonché al domicilio dei ricorrenti.

In generale sul criterio d'interpretazione «evolutiva» adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo ed anche per un suo parallelo con l'utilizzo dello stesso da parte dei giudici co-

tro con parsimonia), senza dare il giusto rilievo alla giurisprudenza ad essa relativa equivale a trascurarne «*sistematicamente*» la parte «vitale» [68]. Infatti – come è stato accuratamente posto in luce [69] – la maggior parte degli organi di giustizia costituzionale dei Paesi membri della Convenzione «segue» la giurisprudenza di Strasburgo e, in relazione all'interpretazione delle disposizioni della CEDU, dà ad essa un notevole rilievo, anche citandola espressamente in modo piuttosto frequente. Tuttavia, in questo i diversi Paesi membri presentano un andamento molto diverso l'uno dall'altro e l'Italia si colloca decisamente tra i «fanalini di coda». In effetti, davvero rarissimi sono sia i casi in cui vengono citate espressamente decisioni degli organi giurisdizionali di Strasburgo [70], sia anche quelli in cui si fa ge-

---

stituzionali europei, che sono probabilmente, almeno in linea generale (e con sensibili differenze tra i diversi Paesi), tra i giudici interni, i più portati ad una «emancipazione» dei testi sottoposti alla loro interpretazione, cfr. C. GREWE, *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, cit., in part. 220 ss.

[68] Sull'opportunità di utilizzare le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo da parte della Corte costituzionale «in funzione interpretativa rispetto a quei disposti costituzionali che richiamano esplicitamente il dettato della Convenzione», cfr. anche G. MONACO, *La riforma costituzionale del «giusto processo» penale*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 557.

[69] Cfr. M.A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, cit., 138, 143, 144 s.

[70] A quanto consta ciò è avvenuto nelle sentt. nn. 188 del 1980 (in *Foro it.*, 1981, I, 318) e 399 del 1998, cit. Nella prima delle pronunce ricordate la Consulta fa riferimento (per così dire «d'ufficio», non essendo stata a ciò sollecitata dalle ordinanze dei giudici *a quibus*, che ricordavano soltanto la disposizione della CEDU) alla giurisprudenza della Commissione europea in merito al «giusto processo», con particolare riguardo all'aspetto della parità delle parti. Pur non essendo riportati direttamente i passi delle due decisioni alle quali si fa riferimento (relative ai ricorsi nn. 722 e 727 del 1960), ad esse è conferito un notevole rilievo, per quanto vengano fatte giuocare nel senso di avvalorare un'interpretazione restrittiva del diritto che contribuisce a «salvare» le disposizioni censurate (relative alla nomina di un difensore d'ufficio anche all'imputato che rifiuti qualsiasi assistenza), perché, secondo la Commissione europea, – dice la Corte – «il diritto all'autodifesa non è assoluto, ma limitato dal diritto dello Stato interessato ad emanare disposizioni concernenti la presenza di avvocati davanti al tribunale» ed inoltre «la disposizione in esame non obbliga gli Stati contraenti a garantire agli imputati una assoluta libertà di accesso ai tribunali di ultima istanza e che nulla si oppone ad una diversa disciplina, purché emanata allo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia». Nella sent. n. 399 del 1998, cit., invece, la Consulta riprende una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (pronunciata il 12 febbraio 1985, in relazione al caso *Colozza* c. *Italia*, in *Foro it.*, 1985, IV, 221), alla quale aveva fatto riferimento lo stesso giudice *a quo* nel sollevare la questione di costituzionalità degli artt. 159 e 160 c.p.p. sulle notificazioni all'imputato irreperibile. La Corte costituzionale, a differenza di quanto avviene di solito, si sofferma ampiamente sul «versante europeo» del denunciato vizio di costituzionalità e – cosa ancora più rara – sulla sentenza di Strasburgo (di cui è anche direttamente ripreso un breve passaggio), della quale viene data una lettura diversa da quella proposta dal giudice *a quo*, mostrandosi che essa non conteneva, in realtà, affermazioni idonee a contestare «la legittimità della disciplina degli irreperibili in quanto tale», ma semplicemente sosteneva che «l'interessato […] una volta venuto a conoscenza del procedimento, ha il diritto di ottenere che un or-

nericamente riferimento ad aspetti dei diritti sanciti dalla CEDU che non risultano tanto dal dettato della stessa, ma sono stati fatti emergere in sede giurisprudenziale [71], mentre possiamo constatare che in altre altrettanto limitate occasioni, pur essendosi riportato nel «ritenuto in fatto» il riferimento compiuto dal giudice *a quo* ad una decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, essa è poi stata del tutto ignorata nel «considerato in diritto» [72].

Per quanto sembri presto per operare una verifica in tal senso, ci si potrebbe chiedere se una maggiore considerazione per la giurisprudenza di Strasburgo da parte della Corte costituzionale non potrebbe forse derivare, almeno limitatamente all'art. 6 della CEDU, per effetto della c.d. «legge Pinto» (l. 24 marzo 2001, n. 89), la quale, disponendo un meccanismo di controllo sulla durata ragionevole del processo all'interno del nostro ordinamento [73], stabilisce, all'art. 2,

---

gano giurisdizionale si pronunci di nuovo, dopo averlo ascoltato, sulla fondatezza dell'accusa», lasciando, però, agli Stati «la più ampia libertà nella scelta dei mezzi idonei» a raggiungere questi fini. Un'occasione per utilizzare la giurisprudenza di Strasburgo era stata poi offerta alla Corte dallo stesso giudice *a quo* anche in un caso relativamente recente (conclusosi con l'ord. 7 giugno 2000, n. 191, in *Giur. cost.*, 2000, 1478), in cui nel prospettare una questione di legittimità costituzionale in relazione all'astensione degli avvocati dalle udienze, si faceva riferimento, tra l'altro, alla qualificazione degli avvocati data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare nelle sentt. *Schopfer* c. *Svizzera* del 20 maggio 1998 e *Papageorgiou* c. *Grecia* del 22 ottobre 1997), ma la soluzione «processuale» della questione ha impedito in radice la possibilità di utilizzare lo «spunto».

Può essere interessante notare come la stessa Corte europea abbia notato l'assenza di ogni riferimento «all'art. 6 della Convenzione e ai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte» da parte della Corte costituzionale in una decisione in cui venivano in considerazione i profili del «giusto processo»: cfr. sent. 27 maggio 2001, *Lucà* c. *Italia*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2001, 630.

[71] In tal senso cfr. la sent. n. 342 del 1999, cit., in cui la Corte costituzionale afferma che «l'indicato strumento dell'ordinamento internazionale» (cioè la CEDU) è «particolarmente attento nel rimarcare la necessità che i processi, specie se a carico di imputati in stato di detenzione, si svolgano in tempi ragionevolmente brevi». Infatti non pare tanto la CEDU ad essere «particolarmente attenta» alla durata ragionevole dei processi, «semplicemente» sancita – come gli altri aspetti del «giusto processo» – dall'art. 6 della stessa, quanto piuttosto la Corte di Strasburgo, la quale – come noto e come vedremo meglio nel prossimo paragrafo – ha svolto, soprattutto in relazione a questo diritto, un'importante opera di tutela dei cittadini rispetto agli ordinamenti dei loro Stati (a partire proprio dall'Italia). Ma il riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo emerge ancor più chiaramente soprattutto laddove si precisa che una particolare attenzione nei confronti della durata ragionevole del processo si è avuta nei casi in cui l'imputato si trovi in stato di detenzione. Infatti, la speciale delicatezza di questi casi non è in alcun modo sancita dal testo della CEDU, mentre risulta proprio dalla giurisprudenza della Corte europea (cfr., per limitarci ad un esempio piuttosto recente, la sent. 29 settembre 1999, *Djad* c. *Francia*).

[72] Cfr., in particolare la sent. n. 1 del 2002 (in *Giur. cost.*, 2002, 1), in cui veniva richiamata la sentenza della Corte europea 15 luglio 2000, relativa al caso *Scozzari e Giunta* c. *Italia* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 1015).

[73] In merito, cfr., ad esempio, S. CAROGIU, *Equa riparazione e danni derivanti dalla durata*

comma 2, quali criteri che il giudice dovrà utilizzare nella sua valutazione, quelli elaborati proprio dalla giurisprudenza della Corte europea, alle cui decisioni, quindi, i giudici ordinari, già nei procedimenti svolti in questi mesi, si sono rifatti [74]. In questo modo, quindi, la giurisprudenza europea potrebbe arrivare anche alla Corte costituzionale sotto forma di «diritto vivente» (naturalmente, almeno formalmente, «interno»).

Vorremmo, infine, soltanto fare un breve cenno a quella che potremmo definire la fase «ascendente» della circolazione «europea» dei diritti, cioè all'utilizzo, da parte della Corte di Strasburgo, dei diritti fondamentali (naturalmente contenuti anche nella CEDU) come configurati negli Stati membri. In proposito pare, tuttavia, a nostro avviso, da precisare come il rapporto tra le due Corti non possa considerarsi esattamente «speculare». Infatti, l'integrazione tra sistemi «concentrici» di protezione dei diritti fondamentali pare volta, oltre che ad assicurare (immediatamente) una più piena tutela dei diritti per il singolo, a realizzare una progressiva «europeizzazione» dei diritti fondamentali (nella prospettiva di una tutela degli stessi sempre più matura ed uniformata «verso l'alto»), che richiede, naturalmente, anzitutto una particolare attenzione per il «livello europeo» (o meglio, ormai, per *i* «livelli europei») di protezione dei medesimi (naturalmente fermo restando che ciò deve rappresentare soltanto il «livello minimo» di riferimento). In secondo luogo, pare da considerare anche la diversa posizione delle due Corti, in quanto mentre tutti i giudici costituzionali dei Paesi membri della CEDU (o i giudici supremi chiamati a svolgere analoghe funzioni) hanno di fronte soltanto una Corte europea dei diritti dell'uomo, quest'ultima dovrebbe considerare la giurisprudenza (soprattutto costituzionale, almeno per quanto qua concerne) di ormai ben quarantuno Paesi, con una qualche evidente difficoltà di accesso alle fonti [75] (a meno che non si tratti di una decisione della Corte costituzionale nazionale su quel medesimo determinato caso, la quale è sempre richiamata nella decisione della Corte europea nel ripercorrere il procedimento interno del quale è – come ben noto – richiesto il previo esaurimento).

---

irragionevole del processo nella «legge Pinto», in *Studium juris*, 2001, 1003 ss.; A. SACCUCCI, *Riparazione per irragionevole durata dei pocessi tra diritto interno e Convenzione europea*, in *Dir. pen. e proc.*, 2001, 893 ss.

[74] Sul punto, cfr., in questi stessi *Atti*, B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, la quale, tuttavia, non manca di evidenziare alcune incongruenze della giurisprudenza interna rispetto a quella di Strasburgo.

[75] In proposito M.A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, cit., 145, ricorda in particolare un caso in cui alla Corte europea pare essere «sfuggita» la possibilità di un utile riferimento alla giurisprudenza costituzionale di uno dei Paesi membri. Si tratta del caso *Brogan* c. *Regno Unito*, deciso con sent. del 29 novembre 1988, con cui il *Prevention of Terrorism Act* del 1984 fu ritenuto contrastante con l'art. 5, comma 3, CEDU, analogamente a quanto il *Tribunal costitucional* spagnolo aveva fatto con sent. 16 dicembre 1987 sempre relativamente ad una legge sul terrorismo.

Ciononostante pare da rilevare come la Corte europea non sia stata per niente disinteressata né insensibile alla giurisprudenza (soprattutto costituzionale) dei Paesi membri. In particolare, è stato rilevato come influenze delle Corti costituzionali nazionali siano rilevabili (anche al di là delle espresse citazioni, in verità da questo punto di vista non frequenti) soprattutto per quanto concerne i «metodi e concetti di base» [76]: la Corte europea pare avere ripreso da queste, ad esempio, i concetti di «bilanciamento», «proporzionalità», «nocciolo duro dei diritti fondamentali» (per citarne soltanto alcuni che hanno riscontro anche nel nostro Paese); ma talvolta si è rifatta anche in modo più esplicito alla giurisprudenza costituzionale di alcuni Stati, ad esempio nel ritenere opportuno, per garantire la «certezza del diritto», non far retroagire gli effetti di una sentenza di condanna [77]. Dal punto di vista, invece, della «interpretazione e applicazione delle diverse disposizioni della Convenzione e dei Protocolli», pare che i riferimenti alla giurisprudenza (costituzionale) degli Stati membri siano senz'altro minori, non solo quando, per la predetta difficoltà di monitorare una tanto vasta giurisprudenza, alla Corte «sfugga» la possibilità di basarsi su tali decisioni [78], ma talvolta anche quando le parti menzionano gli indirizzi giurisprudenziali (costituzionali) interni, che però la Corte (implicitamente o esplicitamente) decide di non accogliere [79]. Nonostante ciò, anche da questo punto di vista, non sono mancati riferimenti, anche mediante espressa citazione alla giurisprudenza delle Corti costituzionali europee (e non solo, visto che è stata ripresa anche la Corte Suprema degli Stati Uniti) [80].

---

[76] In tal senso cfr. in particolare M.A. Eissen, *loc. ult. cit.*, ma sui metodi d'interpretazione dei giudici costituzionali europei e della Corte europea dei diritti dell'uomo e su una loro comparazione, cfr. anche, tra gli altri, C. Grewe, *Le juge constitutionnel et l'interprétation européenne*, cit., 199 ss.; J.F. Flauss, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, 711 ss.; nonché ancora M.A. Eissen, *Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme: leur influence mutuelle*, in *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 167 ss.

[77] Cfr. in particolare il caso *Marckx* c. *Belgio* (sent. 13 giugno 1979), cit., relativo allo *status* dei figli naturali e delle madri nubili. Il riferimento alla limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze è compiuto dalla Corte di Strasburgo rispetto non solo all'espressa previsione costituzionale austriaca, ma anche alla giurisprudenza del Tribunale costituzionale tedesco.

[78] Cfr. *supra*, nota 57.

[79] Cfr., ad esempio, la sent. 22 giugno 1972, *Ringeisen* c. *Austria*.

[80] Anche su questo punto si rinvia, in particolare, a M.A. Eissen, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, cit. Per quanto riguarda casi in cui è stata richiamata all'interno della parte sul «diritto interno pertinente» anche la giurisprudenza costituzionale italiana, cfr., ad esempio, sent. 26 febbraio gennaio 1993, *Padovani* c. *Italia* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1993, 201); sent. 30 maggio 2000, *Carbonara e Ventura* c. *Italia*; sent. 27 maggio 2001, *Lucà* c. *Italia*, cit.

3. Analogie e differenze nella giurisprudenza delle due Corti relativa alla tutela dello stesso diritto (il «giusto processo»)

A questo punto, verificato che, in linea generale, i rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati, tutto sommato, modesti, a differenza di quanto – come abbiamo visto – sarebbe potuto accadere, vorremmo tentare, prima di procedere ad un più dettagliato esame di quelle che possono essere le vere e proprie ipotesi di conflitto, di porre a raffronto le due giurisprudenze in relazione allo stesso diritto. In questo modo, infatti, pare di poter riuscire a verificare concretamente quale sia effettivamente la zona di intersezione e quindi, potenzialmente, di contrasto, o, viceversa, di vicendevole rafforzamento, e quali, invece, gli spazi in cui è una sola delle due Corti ad operare, cosicché è solo grazie all'intervento di entrambe che si eliminano (o, eventualmente, si riducono) le c.d. «zone franche» nella tutela dei diritti fondamentali.

Premettiamo che si tratta di un'indagine incompleta, soprattutto perché si concentra in uno specifico ambito materiale, ma che ci è parsa comunque fornire risultati, i quali, per quanto limitati, possono probabilmente rivestire un qualche interesse ai nostri fini. In particolare, abbiamo scelto di considerare il diritto al «giusto processo» [81], sancito dall'art. 6 CEDU e, da alcuni anni, dall'art. 111 Cost. (come riformato dalla l. cost. n. 2 del 1999), ma i cui diversi aspetti erano stati già precedentemente progressivamente ricondotti all'art. 24 Cost. [82], come risulta anche dalle più recenti sentenze della Corte costituzionale in cui le due disposizioni costituzionali sono spesso richiamate congiuntamente. L'individuazione di questo diritto come oggetto specifico dell'indagine non è stata compiuta del tutto arbitrariamente se consideriamo che l'art. 6 costituisce, tra le disposizioni della CEDU, quella certamente più richiamata nei giudizi di costituzionalità (dalla Corte ed ancora più frequentemente dai giudici *a quibus*) ed è altresì una di quelle alle quali la dottrina [83] riconosce univocamente un maggiore impatto sulla configurazione dei diritti fondamentali nel nostro Paese, oltre ad avere una piuttosto netta predominanza anche nella giurisprudenza di Strasburgo.

---

[81] M. Chiavario, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, in AA.VV., *Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., 243 esprime qualche dubbio su questa traduzione italiana del *«fair trial»* o *«procès équitable»*, ritenute espressioni assai più efficaci.

[82] Per una completa ricostruzione del principio, cfr. ora G. Monaco, *La riforma costituzionale del «giusto processo» penale*, cit., 517 ss., mentre più specificamente sull'origine del riformato art. 111 Cost. e sui suoi rapporti con l'art. 6 CEDU, cfr. M. Cecchetti, *Il principio del «giusto processo» nel nuovo art. 111 della costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 49 ss.

[83] Cfr. ancora A. Pace, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., 11.

Come noto, il diritto ad un «giusto processo» è assistito da diverse garanzie (dettagliatamente previste dall'art. 6 della CEDU e, seppure con qualche differenza, dall'art. 111 Cost.) [84], tra le quali abbiamo ritenuto opportuno prendere in esame, in particolare, quella alla «durata ragionevole» del processo e quella ad essere giudicati da un giudice indipendente ed imparziale, entrambe espressamente previste dalla disposizione convenzionale, ed ora – per quanto con una formula che, soprattutto per la prima, non può considerarsi del tutto analoga – anche nella nuova disposizione costituzionale, perché idonei a mostrare concretamente quando ed in quale misura le differenze «di sistema» esistenti tra le due Corti, come delineate nel primo paragrafo, emergano concretamente nella protezione dei diritti.

In particolare, per quanto concerne il diritto alla «ragionevole durata» del processo, pare da sottolineare che – come è stato già rilevato con estrema chiarezza e puntualità [85] – «le violazioni di questa garanzia [...] segnano un divario tra le possibilità che si offrono, per accertarle e sanzionarle, a un organo come la Corte europea – cui spetta pronunciarsi normalmente *a posteriori* su concrete violazioni già avvenute per qualsiasi causa, nonché infliggere censure nei confronti di "Stati-persone", alle quali può far seguito la condanna a un'"equa soddisfazione" a favore della vittima – e, rispettivamente, ad una Corte costituzionale come quella italiana, chiamata, per quel che qui può interessare, a censurare

---

[84] In proposito pare anzitutto da premettere che tra le diverse garanzie del «giusto processo» può essere necessario operare un bilanciamento, allorquando il pieno sviluppo di una di esse potrebbe pregiudicarne un'altra, come risulta anche dalla giurisprudenza della nostra Corte costituzionale: cfr., tra le altre, la sent. n. 10 del 1997 (in *Giur. cost.*, 1997, 77), con cui si «corresse» (attraverso una pronuncia d'incostituzionalità) il bilanciamento compiuto dal legislatore proprio tra il diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale e quello ad una definizione del giudizio in tempi ragionevoli; ma, più recentemente la necessità di procedere ad un bilanciamento tra questi due diversi diritti è stato riconosciuto anche nella sent. n. 78 del 2002, cit., che ha ritenuto, invece, che, in tal caso, il legislatore lo avesse fatto correttamente, dichiarando pertanto l'infondatezza della questione proposta. Come si vede, quindi, a conferma di quanto dicevamo nel § 1, un siffatto bilanciamento, nel nostro ordinamento, viene compiuto dal legislatore o, eventualmente, dal giudice comune nell'applicazione al caso concreto, mentre la Corte costituzionale sarà chiamata ad intervenire soltanto nei casi in cui si intenda censurare come irragionevoli le scelte fatte dal legislatore. Diversamente, a livello «europeo», mancando, come dicevamo all'inizio, qualunque livello normativo «infraconvenzionale», quest'opera di bilanciamento non può che essere compiuta dalla Corte di Strasburgo. Sulla necessaria specificazione (anche) da parte degli organi giurisdizionali, cfr. E.D. Re, *Due process of law*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 1989, 2 ss., e, più recentemente, G. Monaco, *La riforma costituzionale del «giusto processo» penale*, cit., 521 ss., il quale ricorda in particolare l'importanza dell'esperienza della Corte Suprema statunitense, la quale ha provveduto in via pretoria a far derivare dal principio del *due process of law* l'imparzialità del giudice, la pubblicità delle udienze, il gratuito patrocinio.

[85] Cfr. M. Chiavario, *sub* art. 6, in S. Bartole-B. Conforti-G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 207.

leggi o atti aventi forza di legge, in occasione di giudizi nel cui ambito i princìpi costituzionali (o assimilati) servono soltanto come parametri di compatibilità con altre norme giuridiche: compito particolarmente difficile – per non dire quasi impossibile – in relazione a un'esigenza di "ragionevolezza" avente il suo referente in una dinamica temporale, che la rende particolarmente irriducibile [...] ad astratte cristallizzazioni di carattere normativo».

Procedendo, quindi, ad un concreto esame delle decisioni delle due Corti su questo punto, possiamo constatare come, per quella europea, il diritto ad una «durata ragionevole» del processo sia – come probabilmente noto – il più esaminato tra tutti quelli contenuti nella CEDU (e quello rispetto al quale si conta il maggior numero di condanne), e ciò anche e soprattutto a causa della situazione italiana [86] (che peraltro dopo l'entrata in vigore della «legge Pinto» parrebbe destinata a divenire meno gravosa [87]), sebbene anche altri Paesi siano non poco fre-

---

[86] In proposito può ricordarsi come, ad esempio, nel 2000, la Corte europea abbia emesso ben trecentodieci decisioni sulla durata ragionevole del processo civile in Italia (quattordici essendo stati, invece, i casi, sollevati in merito alla durata dei medesimi processi contro il Portogallo, che si pone al secondo posto): sullo specifico punto e, più in generale, per un quadro dell'amplissimo numero di decisioni relative alla ragionevole durata del processo emesse dalla Corte di Strasburgo nel corso del 2000, cfr. *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, n. 43, 2000, The Hague-London-New York, 2001, in part. 120 e 121. Peraltro, negli ultimi anni, la posizione del nostro Paese si è fatta particolarmente difficile, la Corte europea essendo giunta a definire la violazione del diritto ad una «durata ragionevole» del processo come *«prassi»* contraria alla Convenzione (ciò è avvenuto per la prima volta nella sent. 28 luglio 1999, *Bottazzi*, *A.P.*, *Di Mauro e Ferrari* c. *Italia*), con ciò indicandosi «un'accumulazione di violazioni di natura identica o analoga talmente numerose e legate tra di esse da escludere che si tratti di incidenti isolati, o eccezioni, e tali da formare un insieme o un sistema» (così nella sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda* c. *Regno Unito*). In proposito M. CHIAVARIO, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, cit., 247 ss. ha parlato di «una sorta di presunzione di strutturale irragionevolezza della durata delle nostre procedure». Sul particolare rilievo che il principio della ragionevole durata del processo ha assunto nella giurisprudenza di Strasburgo che ha visto coinvolto (e quasi sempre condannato) il nostro Paese, cfr. di recente anche G. CONSO, *L'Italia di fronte alla Convenzione*, in AA.VV., *Convenzione del Consiglio d'Europa*, cit., 291 ss. Peraltro, sul punto sono intervenute anche più risoluzioni del Comitato dei Ministri, l'ultima delle quali [ResDH (2000) 135), in *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, n. 43, 2000, cit., 272 ss.], pur riconoscendo alcuni sforzi compiuti negli ultimi anni dall'Italia al fine di accelerare la durata dei processi, afferma però che l'Italia «non si è, fino ad oggi, perfettamente adeguata al suo obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte e alle decisioni del Comitato dei Ministri relative alle violazioni dell'art. 6 della Convenzione in ragione della durata eccessiva del processo» e pertanto chiedeva al nostro Paese di continuare a considerare la questione di «alta priorità» e di proseguire con anche maggior forza nell'adottare misure idonee ad evitare violazioni della ricordata disposizione sotto il profilo della ragionevole durata del processo.

[87] Una verifica sulle ultime pronunce della Corte europea indica come siano in via di «smaltimento» i casi dichiarati ricevibili prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina (18 aprile 2001), ai quali, quindi, non si applica il regime «transitorio» previsto dall'art. 6 della c.d. «legge Pinto» (a norma del quale per i casi non ancora dichiarati ricevibili a Strasburgo è

quentemente denunciati a Strasburgo da loro cittadini a causa dell'eccessiva durata dei processi. Ciò che, però, a noi interessa di più è constatare come dalla giurisprudenza della Corte europea emerga con chiarezza che, nel valutare le eventuali violazioni di questo diritto, risultano importanti gli elementi di fatto, legati alle specifiche circostanze del caso. Perciò, la Corte europea, al fine di evitare che il ricorso ad una giurisprudenza del «caso per caso» potesse condurla a decisioni arbitrarie, ha ormai da tempo elaborato precisi criteri di valutazione, quali la complessità del caso [88], il comportamento del ricorrente e quello delle autorità [89], che – come si vede – riguardano circostanze di fatto, la cui valutazione da parte della nostra Corte costituzionale sembrerebbe pertanto impensabile. Senza rite-

---

prevista la procedura interna, come possibilità, secondo il tenore lessicale dell'art. 6 della legge 89 del 2001, ma come requisito indispensabile per ritenere esauriti i ricorsi interni secondo quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo nelle sentt. 6 settembre 2001 e 8 novembre 2001, relative, rispettivamente, ai casi *Brusco* c. *Italia* e *Giacometti* c. *Italia*): cfr. *ex pluribus* sent. 28 marzo 2002, sul caso *Leonardi* c. *Italia*, dichiarato ricevibile il 6 aprile 2000; sent. 16 maggio 2002, sul caso *Nuvoli* c. *Italia*, dichiarato ricevibile il 12 aprile 2001; sentt. 4 luglio 2002, sui casi *Casadei* c. *Italia*; *Pascazi* c. *Italia*; *Rocci* c. *Italia*; *Di Vuono* c. *Italia*; *Tumbarello e Titone* c. *Italia*, tutti dichiarati ricevibili in data 15 marzo 2001 e sent. 11 luglio 2002, sul caso *Osu* c. *Italia*, dichiarato ricevibile il 5 aprile 2001: come si vede, quindi, in molti dei casi appena ricordati la dichiarazione di ricevibilità è intervenuta soltanto pochi giorni prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina. In merito al mutamento determinato dall'approvazione della «legge Pinto» può rinviarsi poi, in particolare, ad A. TAMIETTI, *Prima pronuncia della Corte europea sulla legge Pinto: la decisione Brusco* c. *Italia*, in *Dir. uomo*, 2001, 45 ss.

Peraltro l'approvazione della «legge Pinto» ha evitato all'Italia di essere condannata anche per mancata previsione di un ricorso interno contro l'irragionevole durata dei processi, visto che, a partire dalla sent. 26 ottobre 2000, *Kudla* c. *Polonia*, cit., la Corte ha ritenuto di condannare per violazione dell'art. 13 CEDU gli Stati che non abbiano un ricorso interno idoneo a far valere le violazioni della suddetta garanzia, operando sul punto un *overruling* giustificato – secondo quanto espressamente dichiarato nella motivazione – dall'aumento esponenziale dei ricorsi per violazione della «ragionevole durata» dei processi, soprattutto a seguito dell'espansione dei Paesi aderenti alla Convenzione. In merito cfr. J.F. FLAUSS, *Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable: un revirement de jurisprudence historique*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, 179 ss.

[88] Solitamente si fa rientrare all'interno di questo elemento (per quanto non sia mancato chi ha inteso configurarlo come autonomo) anche l'*«enjeu»*, la «posta in gioco», consistente nella valutazione di elementi dell'oggetto della causa che possono rendere particolarmente rilevante la sua definizione entro un termine «ragionevole»: cfr., ad esempio, sent. 18 febbraio 1999, *Laino* c. *Italia*, relativa ad una separazione con conseguente necessità di stabilire in merito alla custodia dei figli e al diritto di visita agli stessi; ma speciale rilievo è solitamente data a tutti i casi concernenti lo *status* delle persone.

[89] Infatti, la necessità di procedere sulla base di queste *guidelines* è sempre richiamata immediatamente dopo il riferimento all'importanza delle circostanze del caso («*le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et de l'égard aux critéres consacrés par la jurisprudence de la Cour*, *en particulier la complexité de l'affaire*, *le comportement du requérant et celui des autorités compétentes*»: cfr. tra le numerose altre, sent. 15 novembre 1996, *Ceteroni* c. *Italia*, in *Riv. dir. internaz. uomo*, 1997, 114; sent. 23 aprile 1998, *S.R.* c. *Italia*, *ivi*, 1998, 618; sent. 7 dicembre 1999, *Bouilly* c. *Francia*.

nere opportuno, ai nostri fini, scendere ad un esame dettagliato dei diversi criteri attraverso la copiosa giurisprudenza di Strasburgo [90], pare qui almeno da rilevare come, in linea generale, la Corte europea sia stata piuttosto severa nei confronti delle pubbliche autorità, trovando quasi sempre (anche quando ha riscontrato la compresenza di elementi indice di una complessità della causa o di comportamenti del ricorrente idonei a causare ritardi nella definizione della stessa) motivi per addossare, almeno in parte, la responsabilità di ciò al comportamento delle autorità, con la conseguente condanna dello Stato convenuto [91]. La tutela

---

[90] Anche a questo proposito pare più opportuno fare un rinvio a specifici lavori in materia, tra i quali, I. IAI, *La durata ragionevole del procedimento nella giurisprudenza della corte europea sino al 31 ottobre 1998*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, 549 ss.; M.G. AIMONETTO, *La «durata ragionevole» del processo penale*, Torino, 1997; e, più recentemente, M. CHIAVARIO, *sub* art. 6, cit., in part. 211 ss.

[91] In proposito possiamo ricordare, in particolare, come, ad esempio, nella sent. 10 dicembre 1982, *Foti ed altri* c. *Italia* (in *Foro it.*, 1983, IV, 181), la Corte europea, pur ritenendo giustificati i ritardi dovuti ai tumulti di Reggio Calabria, che avevano determinato lo spostamento del processo a Potenza, ravvisa comunque la presenza (anche) di ritardi ingiustificabili, imputabili ad un «comportamento passivo» delle autorità giudiziarie, giungendo così ad una pronuncia di condanna. La complessità della causa si è invece rivelata idonea ad evitare la condanna dell'Italia (caso assai raro), nella sent. 18 dicembre 1983, sul caso *Pretto ed altri* (in *Foro it.*, 1984, IV, 265), anche in considerazione della «tollerabilità» di alcuni ritardi che pure l'autorità giudiziaria avrebbe potuto evitare. Sempre dal punto di vista «oggettivo», poi, la Corte di Strasburgo non ha mai accettato come valida giustificazione del dilungarsi dei processi in Italia oltre un «termine ragionevole», la circostanza – più volte dedotta, invece, dal nostro Governo – della situazione di crisi dovuta al sovraccarico dei tribunali, in considerazione del fatto che essa «non può essere considerata temporanea» e che «la Convenzione impone agli Stati contraenti di organizzare le proprie giurisdizioni in modo da consentire l'adempimento delle prescrizioni dell'art. 6.1, particolarmente riguardo al "termine ragionevole"» [così, ad esempio, nella sent. 25 giugno 1987, caso *Baggetta* (in *Riv. dir. internaz.*, 1988, 650); sent. 26 febbraio 1993, caso *Salesi* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1993, 204); sent. 6 settembre 1999, caso *Gelli* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 354), nonché, più recentemente, ad esempio, i casi *Rocci*, *Di Vuono* e *Tumbarello e Titone*, tutti decisi con sentenze emesse in data 4 luglio 2002, già sopra ricordate. Su questo punto in particolare, cfr. anche A. PERDUCA, *L'arretrato dei processi pendenti non giustifica la lentezza della giustizia*, in *Guida al dir.*, 13 novembre 1999, n. 44, 115 ss., in cui si esamina altresì più in generale il caso *Gelli*]. In alcune circostanze, poi, la Corte, pur riconoscendo che una parte del ritardo è imputabile al comportamento del ricorrente, procede a verificare altresì quello delle autorità e, se riscontra che queste hanno tenuto comunque un comportamento idoneo a pregiudicare la definizione della causa entro un termine ragionevole, pronuncia una sentenza di condanna [cfr., ad esempio, sent. 25 giugno 1987, relativa al caso *Capuano*, in *Foro it.*, 1987, IV, 385, con osservazioni di A. PIZZORUSSO, in cui la difesa del Governo aveva provato a sostenere che i ritardi non potevano essere imputati al giudice, quanto piuttosto alla lunga attesa dei risultati di due perizie, senza però convincere la Corte europea, in considerazione del fatto che «nella specie il consulente operava nel quadro di una procedura giudiziaria controllata dal giudice», che quindi rimaneva responsabile «di un rapido svolgimento del processo»; sent. 12 maggio 1999, *Ledonne* c. *Italia* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1999, 859), in cui la Corte ricorda altresì che «l'art. 6 non richiede che gli imputati collabo-

dell'individuo è sempre stata posta da questa giurisprudenza come obiettivo nettamente prioritario, se non esclusivo.

Sulla base degli elementi appena individuati, emergono con estrema chiarezza le differenze rispetto alla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sullo stesso punto. In proposito, infatti, pare anzitutto da constatare come la Consulta abbia esaminato questioni di legittimità costituzionale relative alla «ragionevole durata» del processo assai meno frequentemente della Corte europea, per motivi, che – come abbiamo accennato – riguardano sia il parametro che l'oggetto del giudizio. Dal primo punto di vista, infatti, la Costituzione italiana non conteneva (almeno fino al 1999) alcuna espressa previsione di una «ragionevole durata» del processo, tanto che la Corte era giunta perfino ad affermare che «la problematica dei "tempi processuali", recepita all'interno della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, quale aspetto del "giusto processo", *non trova eco nella Carta costituzionale*» (corsivo nostro), escludendosi espressamente anche la possibilità di invocare, in proposito, l'art. 24, comma 2, Cost. [92]. In realtà, sebbene una espressa «smentita» di tale orientamento abbia dovuto attendere quasi quindici anni [93], già precedentemente la Corte aveva preso in considerazione il «principio di economia processuale» ed il «bene costituzionale dell'efficienza del processo» [94], o le «esigenze di cele-

---

rino attivamente con le autorità giudiziarie», sebbene della loro condotta «occorra tener conto quando si valuta se il procedimento ha superato il termine ragionevole»]. Per quanto concerne il comportamento del ricorrente (al quale non è comunque richiesto di cooperare con l'autorità giudiziaria, come precisato, tra le altre, nelle sentt. 10 dicembre 1982, *Corigliano* c. *Italia*, in *Foro it.*, 1983, IV, 181, e 4 luglio 2002, *Di Vuono* c. *Italia*), la Corte nella sua amplissima giurisprudenza, ha in diverse occasioni anche esaminato l'ipotesi in cui egli fosse fuggito, ritenendo che, in presenza di ciò egli non si potesse dolere della durata irragionevole del processo, per il periodo successivo alla sua fuga, a meno di non esporre motivi «tali da confutare la presunzione» che un siffatto comportamento avesse determinato ritardi, ma anche in assenza di ciò, ove si rilevi comunque che una consistente parte del ritardo è imputabile all'autorità giudiziaria, si perviene comunque alla condanna (cfr. la già ricordata sent. 6 settembre 1999, *Gelli* c. *Italia*, che, peraltro, secondo la Corte presentava anche l'elemento della complessità, parimenti inidoneo, però, a giustificare una tanto «irragionevole» durata). Il comportamento del ricorrente è stato, invece, ritenuto la principale causa del pur non particolarmente rilevante ritardo nella sent. 18 luglio 1984 (*Venditelli* c. *Italia*), nella quale si è quindi concluso che non vi era stata violazione dell'art. 6, comma 1, CEDU.

[92] Così nella sent. 15 luglio 1985, n. 202, in *Giur. cost.*, 1985, 1554, in cui si precisa altresì che l'unica eccezione è data dall'art. 13, comma 5, Cost., che impone alla legge di prevedere limiti massimi di carcerazione preventiva.

[93] Ciò è avvenuto con la sent. n. 388 del 1999, cit., in cui la Corte ha affermato che l'art. 24 Cost. «implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia».

[94] Cfr. sentt. nn. 353 del 1996 e 10 del 1997, rispettivamente in *Giur. cost.*, 1996, 3070; *ivi*, 1997, 77.

rità» [95], o, più, in generale, aveva controllato la legittimità costituzionale di norme dalle quali poteva derivare un differimento della definizione del giudizio alla stregua della «effettività della tutela giurisdizionale» [96], utilizzando, quali norme costituzionali di riferimento, gli artt. 3 e 101 Cost. [97]. Peraltro, esattamente un mese dopo che la Consulta aveva riconosciuto in modo chiaro che il nostro ordinamento tutela anche la «durata ragionevole» del processo, è intervenuta la legge cost. n. 2 del 1999, di revisione dell'art. 111 Cost., nel quale viene così disciplinato il «giusto processo», prevedendosi, tra l'altro, che la legge assicura la «ragionevole durata» del processo. Come si vede, quindi, la disposizione costituzionale non attribuisce un *diritto* alla «durata ragionevole» del processo (l'unico espresso riferimento in tal senso rimanendo, quindi, nell'art. 6 CEDU), ma impone al legislatore di assicurarla [98]. Tuttavia, l'espresso riferimento costituzionale alla «durata ragionevole» non è certamente da sottovalutare. Per quanto ci riguarda poi pare da rilevare come, a seguito dell'approvazione di tale disposizione i giudici abbiano sollevato non poche questioni di legittimità costituzionale per violazione del medesimo, nel pronunciarsi sulle quali la Corte ha fatto riferimento, comunque, non solo al nuovo art. 111, ma anche all'art. 24 Cost. e – come abbiamo accennato – a titolo meramente esornativo anche all'art. 6 CEDU, senza però mai richiamare la pur tanto copiosa (e consolidata) giurisprudenza di Strasburgo sul punto [99].

Per quanto concerne l'oggetto, invece, è importante tenere ben presente che, come ben noto, in base al nostro sistema di giustizia costituzionale, perché la violazione della garanzia ad un processo di «durata ragionevole» possa giungere

---

[95] Sent. n. 16 del 1994, in *Giur. cost.*, 1994, 120, nella quale però esse sono ritenute soccombenti rispetto alla «garanzia dell'effettività del contraddittorio».

[96] In tal senso, cfr. la sent. 20 ottobre 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 2812.

[97] Cfr. in particolare le ricordate sentt. nn. 353 del 1996 e 10 del 1997 (rispettivamente in *Giur. cost.*, 1996, 3070 e *ivi*, 77). In particolare, quanto all'art. 3 la sua violazione deriverebbe dall'irragionevole bilanciamento «tra i princìpi di economia processuale e di terzietà del giudice»; mentre, la lesione dell'art. 101 si realizzerebbe in quanto ad esso (oltre che ad altri non meglio specificati precetti costituzionali) sarebbe ricollegabile il «principio dell'indefettibilità della giurisdizione» (di cui il «bene costituzionale dell'efficienza del processo» costituirebbe un aspetto), compromesso da disposizioni idonee a determinare una paralisi processuale. I giudici rimettenti, invece, nelle diverse questioni sollevate non solo nei casi appena ricordati avevano fatto riferimento anche agli artt. 24, 25, 97 e 112 Cost.

[98] Sul punto cfr. anche M. CECCHETTI, *Il principio del «giusto processo» nel nuovo art. 111 della costituzione*, cit., in part. 82. L'Autore, peraltro, sottolinea altresì (p. 54) come la collocazione formale del «giusto processo» nella parte seconda della Costituzione faccia sì che i suoi elementi non assumano soltanto una funzione di tutela delle situazioni soggettive, ma risultino essere piuttosto «elementi distintivi del processo giurisdizionale e qualificanti lo stesso concetto di giurisdizione».

[99] In proposito cfr. anche G. TARZIA, *L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 19 ss.

all'esame della Consulta è necessario che essa sia dovuta ad una disposizione di legge [100] e tale evenienza pare davvero difficile [101], poiché – come dicevamo sulla base dei casi presentati a Strasburgo – i ritardi nei processi sono solitamente causati da comportamenti (delle parti o delle autorità) o comunque da circostanze di fatto. Come effetto di ciò, nei casi in cui l'irragionevole durata del giudizio è stata dedotta di fronte alla Corte costituzionale, impugnandosi una disposizione di legge, non si intendeva tanto tutelare il diritto dei soggetti coinvolti a vedere rapidamente risolte le loro pendenze con la giustizia, ma si voleva, invece, garantire il buon funzionamento del sistema di amministrazione della giustizia [102]. In li-

---

[100] In merito si rinvia alle considerazioni svolte nel § 1.

[101] In proposito cfr. F. TOMMASEO, *Revisione della seconda parte della Costituzione. Norme sulla giurisdizione*, in AA.VV., *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della commissione bicamerale*, Milano, 1999, 182; M. CHIAVARIO, *sub* art. 6, cit., 207 ss., il quale ritiene, infatti, come anche per le disposizioni più specificamente attinenti alla durata del processo (cioè quelle sui termini) «appare disagevole l'individuare con sicurezza una normativa cui possa attribuirsi decisiva "responsabilità" nel determinare ritardi "irragionevoli"». Nello stesso senso sembrano andare le parole di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 132 ss., secondo il quale «è inutile che le leggi processuali prescrivano scadenze e preclusioni, se magistrati e patroni non riescono a trovare da sé il punto di incontro e di equilibrio tra il dovere che l'avvocato ha di essere difensore strenuo e non frettoloso delle ragioni del suo cliente, e il dovere altrettanto importante che egli ha di essere collaboratore leale del giudice e di non ritardare per tattica il corso della giustizia. Se giudici e avvocati si alleano in un comodo costume di fiacchezza, è vano che sulla carta i codici restringano i termini e vietino i differimenti, o impongano la concentrazione». Nello stesso senso cfr. poi anche Corte cost. n. 50 del 2000, laddove ha ritenuto che l'intendimento della «promozione del principio di ragionevole durata del processo» insito nella richiesta di abrogazione referendaria della cui ammissibilità si giudicava «richiederebbe una riforma complessiva del sistema della giustizia penale, non attuabile in via referendaria, tanto meno attraverso l'abrogazione manipolativa della disciplina dei termini della custodia cautelare, che da quel sistema non può restare avulsa»: sul punto sia consentito ora rinviare anche a A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2002, 257.

[102] Si pensi, ad esempio, al caso di cui all'ord. n. 32 del 2001, cit., in cui era stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 181, comma 1, c.p.c., nella parte in cui stabilisce che il giudice, se nessuna delle parti comparisce alla prima udienza, ne fissa una successiva, perché ciò procrastinerebbe la conclusione dei processi, determinando ritardi non solo per i giudizi in cui viene utilizzata tale disposizione, ma anche negli altri, a causa dell'appesantimento del ruolo da essa causato. Un altro caso che può essere ricordato in tal senso è quello di cui alla sent. n. 10 del 1997, cit., in cui la questione di legittimità costituzionale era relativa all'art. 37, comma 2, c.p.p., nella parte in cui, a fronte della riproposizione di un'istanza basata sui medesimi motivi, faceva divieto al giudice di pronunciare (o concorrere a pronunciare) la sentenza fino a che non fosse intervenuta l'ordinanza di inammissibilità o di rigetto di tale (ulteriore) istanza di ricusazione. In questo caso è ancora più evidente l'assoluta assenza di interesse del soggetto in causa, il quale avrebbe avuto anzi interesse a mantenere in piedi una disposizione potenzialmente idonea a far passare i termini di prescrizione del reato, mentre è altrettanto evidente l'opposto interesse dell'ordinamento ad una corretta ed efficace ammini-

nea generale, ciò può produrre poi, naturalmente, effetti positivi anche sul diritto dei singoli ad ottenere una definizione dei giudizi che li vedono coinvolti entro un termine ragionevole, ma ciò avviene soltanto indirettamente e comunque non sempre, potendosi addirittura dare casi in cui l'eliminazione della violazione può nuocere ai soggetti concretamente coinvolti nel giudizio *a quo.* La lesione del diritto del singolo (non causata dalla legge) potrebbe, invece, essere adeguatamente tutelata con il ricorso a Strasburgo, in questo caso, vero e proprio «surrogato» del ricorso costituzionale diretto a tutela dei diritti fondamentali [103], in via diretta ed esclusiva fino all'entrata in vigore della «legge Pinto» (il 18 aprile 2001) ed in via «sussidiaria» (una volta esperito il rimedio previsto da tale legge) da quel momento in poi. In questi casi, quindi, anche l'integrazione della giurisprudenza costituzionale con quella europea (ed, eventualmente, viceversa) ha una limitata utilità (pur non essendo certamente da escludere *a priori*, soprattutto nella ricostruzione del diritto e nel suo bilanciamento con altri, in relazione ai quali la più «esperta» giurisprudenza europea potrebbe essere d'aiuto a quella costituzionale interna, invece, per ora, di diverso avviso), poiché il reale oggetto dei due diversi giudizi risulta assai differente.

Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza delle due Corti nell'apprestare tutela al diritto ad essere giudicati da un giudice indipendente ed imparziale, le cose stanno in termini almeno in parte diversi. Infatti, nella valutazione di tali requisiti, il controllo «in concreto» potrà essere ancora importante, ma, a differenza di quanto avviene per quanto concerne la garanzia della «durata ragionevole», potrà esserlo anche una valutazione delle norme che assicurano il rispetto di tali requisiti [104], potendo ben facilmente verificarsi che sia proprio a causa di esse che il cittadino è sottoposto ad un giudice privo del requisito dell'indipendenza e/o dell'imparzialità. Pertanto vi è (maggiore) spazio di intervento *anche* per un giudice (soltanto) della legge, come la nostra Corte costituzionale, e pare probabilmente anche conseguenza di ciò il fatto che i ricorsi presentati a Strasburgo dai privati contro la lesione di questa garanzia da parte dell'Italia sono in numero notevolmente inferiore a quelli riguardanti, invece, la violazione della «durata ragionevole» del processo, sembrando venire così confermato quanto era emerso

---

strazione della giustizia. Sostanzialmente identica, poi, la questione di cui alla sent. n. 353 del 1996, cit., per quanto relativa al diverso istituto della rimessione.

[103] Il tal senso si era espresso M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, cit., 31 ss., intendendo così superare la sua precedente posizione favorevole all'introduzione del ricorso diretto nel sistema di giustizia costituzionale italiana (cfr. anche *supra*, nota 37).

[104] Ciò pare confermato dai criteri elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per valutare l'indipendenza, e cioè il modo di designazione del giudice, la durata del suo mandato e la sussistenza di garanzie contro pressioni esterne (cfr. la sent. 28 giugno 1984, relativa al caso *Campbell e Fell* c. *Regno Unito*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, 502), che – come si vede – sono, a differenza di quelli elaborati dalla giurisprudenza europea sulla «durata ragionevole», tutti aspetti generalmente regolati per legge.

sin dall'inizio della presente indagine, per cui maggiori sono gli strumenti interni di tutela dei diritti fondamentali minori sono i ricorsi alla Corte europea [105]. In proposito, però, pare necessario precisare che le due garanzie (di indipendenza ed imparzialità), pur strettamente connesse l'una con l'altra [106], fanno riferimento ad aspetti diversi. Infatti, procedendo in modo assolutamente schematico, possiamo considerare che l'indipendenza indica l'assenza di legami con soggetti titolari di altri poteri (dal punto di vista «esterno»), nonché l'assenza di una soggezione ad un «superiore» all'interno dello stesso potere (è questo il versante «interno»), mentre l'imparzialità riguarda l'estraneità del giudice rispetto agli interessi coinvolti e (quindi) la sua equidistanza rispetto alle parti («terzietà»). Quest'ultima, quindi, oltre ad essere assicurata, come l'indipendenza, attraverso norme costituzionali e legislative idonee a prevenire che il giudice sia parziale, deve essere garantita anche in relazione a particolari circostanze che rendano quel determinato giudice inidoneo a svolgere le sue funzioni in quel determinato processo in quanto egli si trova in una condizione che gli impedisce di giudicare quel determinato caso *frigido pacatoque animo*. Per quanto in entrambi i casi, quindi, l'eventuale lesione della garanzia possa essere determinata da una norma (o dalla sua assenza), in special modo nel caso dell'imparzialità, anche (e forse soprattutto) i comportamenti concreti potranno assumere rilievo [107]. Sulle garanzie in parola pare anzitutto da rilevare come entrambe le Corti abbiano elaborato un'ampia giurisprudenza, la quale consente, seppure in base ad un'indagine ancora parziale, di verificare la presenza di posizioni coincidenti su alcune questioni, anche assai specifiche [108], e che presentano, invece, alcuni elementi di differenza su altre, nelle quali la Corte costituzionale italiana parrebbe avere tenuto un atteggia-

---

[105] Ci si riferisce, in particolare, anche a quanto affermato dal giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo Jean-Paul Costa: cfr. *supra*, nota 41.

[106] Tale legame è stato sottolineato sia dalla Corte costituzionale (sent. n. 93 del 1965, in *Giur. cost.*, 1965, 1288) sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 22 ottobre 1984, *Sramek* c. *Austria*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, 849). Peraltro ogni possibilità di distinguere l'imparzialità dall'indipendenza rischia di scomparire, allorquando, come ha fatto soprattutto la Corte europea (ad esempio, nella sent. 16 luglio 1971, *Ringeisen* c. *Austria* e nella sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell* c. *Regno Unito*, cit.), la seconda venisse intesa anche come indipendenza rispetto alle parti del giudizio. Su quest'ultimo punto, cfr. anche M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, vol. II, Milano, 1982, 34, e, più di recente, A. PERTICI, *Il conflitto d'interessi*, Torino, 2002.

[107] Diversamente, invece, la garanzia del «giudice naturale precostituito per legge» verrà tutelata, appunto, da previsioni legislative, per cui assai più frequenti saranno i casi di intervento della Corte costituzionale rispetto a quelli della Corte europea dei diritti dell'uomo: in merito cfr. anche M. CHIAVARIO, *sub* art. 6, cit., 179 ss.

[108] Ciò è avvenuto, ad esempio, in merito alla valutazione circa l'idoneità del giudizio pretorile vigente in Italia prima della riforma del c.p.p. (cfr. in particolare sent. 26 febbraio 1993, *Padovani* c. *Italia*, cit.), ma molti altri potrebbero essere comunque i casi che sottolineano una sostanziale convergenza di giurisprudenza.

mento più rigoroso [109]. Ciò che, tuttavia, anche in questo caso, colpisce è constatare come la Corte costituzionale italiana abbia ignorato la giurisprudenza di Strasburgo, anche quando le sarebbe potuta essere utile per dare ulteriore forza alle sue conclusioni, in presenza di indirizzi coincidenti. In proposito pare, in particolare, da notare come la CEDU e la sua interpretazione da parte della Corte europea non sia stata utilizzata neppure in una funzione «integrativa» o «interpretativa» del parametro, anche quando (prima dell'approvazione del nuovo art. 111 Cost.) l'imparzialità del giudice non era espressamente sancita dalla nostra Carta costituzionale, mentre è stato semmai proprio dopo l'entrata in vigore della nuova disposizione costituzionale che è stato posto in luce come questa fosse «modellata» sull'art. 6 CEDU (per quanto neppure questo l'abbia spinta a fare alcun riferimento alla giurisprudenza europea, a differenza di quanto hanno fatto, in presenza di analoghe disposizioni costituzionali, i giudici costituzionali di altri Paesi [110]). Diversamente pare da segnalare come proprio a proposito dell'impar-

---

[109] Ci si riferisce, in particolare, alla valutazione dell'imparzialità del giudice che sia già intervenuto, in una diversa veste e/o in una diversa fase del medesimo procedimento. Ciò, infatti, secondo la Corte europea, non comporta, di per sé, una violazione della garanzia d'imparzialità, dovendosi, invece, a tal fine, valutare concretamente il tipo di intervento: cfr., ad esempio, la sent. 24 maggio 1989, *Hauschildt* c. *Danimarca* (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1989, 456) e la sent. 23 marzo 1994, *Saraiva de Carvalho* c. *Portogallo*, nella quale, in particolare, il fatto che un giudice che aveva partecipato alla decisione finale (addirittura come Presidente del collegio) non fu ritenuto privo del requisito dell'imparzialità per avere precedentemente emesso un provvedimento nei confronti del ricorrente, all'interno del medesimo procedimento, in quanto suddetto provvedimento non conteneva alcun atto istruttorio o d'accusa. Invece, la Corte costituzionale – come noto – ha sul punto un atteggiamento più rigoroso ritenendo che, laddove vi sia stato «lo svolgimento di attività valutative e decisorie nell'ambito dello stesso procedimento penale» (cfr., ad esempio, ord. n. 178 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 1747) operi l'incompatibilità, la quale, peraltro, eccezionalmente, può conseguire anche ad atti compiuti in un procedimento diverso (come è accaduto nel caso della sent. n. 371 del 1996, latrice di una delle numerose «addizioni» all'art. 34 c.p.p., relativamente al giudice che abbia pronunciato o concorso a pronunciare nei confronti di altri soggetti una sentenza, nella quale la posizione dell'imputato è stata comunque valutata), mentre, per i casi in cui il pregiudizio derivi da attività compiute al di fuori del giudizio, opereranno l'astensione e la ricusazione.

[110] Si pensi, per esempio, che a seguito della citata pronuncia della Corte europea sul caso *Sramek* (22 ottobre 1984), in cui l'Austria era stata condannata per violazione della garanzia del giudice indipendente ed imparziale, in quanto, nel caso di specie, tra i componenti della «Autorità regionale del Tirolo per le transazioni immobiliari» vi era un funzionario subordinato ad uno di coloro che avevano adito tale autorità, la Corte costituzionale austriaca, con sent. 14 ottobre 1987, aveva ritenuto che la legge sulle transazioni immobiliari nel Tirolo non potesse ritenersi, in generale, viziata, ma che una violazione dell'indipendenza ed imparzialità del giudice da essa previsto fosse configurabile ove si verificasse concretamente una situazione come quella di cui al caso *Sramek* (espressamente ricordato). Ma non sono mancati casi in cui l'indirizzo giurisprudenziale di Strasburgo ha avuto ripercussioni anche sulle decisioni di giudici costituzionali di altri Paesi. Ciò, in particolare, è avvenuto in relazione all'elaborazione della garanzia dell'imparzialità: le decisioni sui casi *Piersak* e *De Cubber* (rispettivamente

zialità del giudice la Corte europea abbia richiamato, in alcuni casi, con estrema precisione decisioni della Corte costituzionale relative alla stessa questione giunta al suo esame [111]. Sempre dal punto di vista della Corte di Strasburgo, proprio l'esame della casistica sull'indipendenza ed imparzialità del giudice consente di apprezzare come, questa Corte, per quanto – come dicevamo all'inizio – «lontana», anche perché esterna agli ordinamenti nei quali si verificano i casi dedotti di fronte ad essa, abbia saputo tenere in considerazione, almeno entro certi limiti, anche le specifiche esigenze dei diversi ordinamenti nazionali. Così, ad esempio, pur avendo costantemente sottolineato l'importanza dell'indipendenza dei giudici dagli altri poteri, ed in particolare dall'esecutivo, non ha ritenuto che essa potesse ritenersi compromessa dal solo fatto che essi fossero di nomina politica [112]. Ciò, infatti, avrebbe determinato una censura per l'intero sistema giudiziario britannico. Naturalmente, però, non bisogna trascurare come la «contestualizzazione» valga anche al contrario, nel senso che se è vero che la nomina politica dei giudici, nel Regno Unito, non pregiudica, di per sé, l'indipendenza degli stessi, a causa di vari fattori legati alla storia, alla tradizione e all'altissimo prestigio e stima generale di cui i giudici godono, è altresì vero che in altri Paesi, come, ad esempio (ed in particolare), nel nostro, un simile sistema di nomina parrebbe certamente poter pregiudicare l'indipendenza della magistratura [113].

---

del 1° ottobre 1982 e del 26 ottobre 1984), nelle quali è sostanzialmente emerso che lo svolgimento di diverse funzioni da parte dello stesso magistrato all'interno della stessa causa può violare il diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale, hanno infatti avuto precise ripercussioni su alcune decisioni dei giudici costituzionali spagnoli e ciprioti. Sul punto cfr. M.A. EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme*, cit., 148.

[111] Come avevamo già accennato sopra, può ricordarsi in particolare la sent. 26 febbraio 1993, *Padovani* c. *Italia*, in cui, affrontandosi la questione della compatibilità con l'art. 6, comma 1, CEDU del sistema inquisitorio di procedura penale vigente in Italia prima dell'entrata in vigore del nuovo c.p.p., la Corte europea richiama con scrupolosa precisione le sentenze (nn. 61 del 1967; 123 del 1970; 268 del 1986, rispettivamente in *Giur. cost.*, 1967, 706; *ivi*, 1970, 1545; *ivi*, 1986, 2187, tutte nel senso dell'infondatezza, per quanto l'ultima con monito al legislatore) della Corte costituzionale in merito.

[112] Così, ad esempio, nelle sentt. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell* c. *Regno Unito*, cit. e 18 maggio 1999, *Ninn-Hansen* c. *Danimarca*, nonché, con riferimento al nostro Paese, la pronuncia della Commissione europea 14 dicembre 1980, *Crociani* c. *Italia*, in relazione ai giudici aggregati della Corte costituzionale. Ciò non toglie che, comunque, il «modo di designazione», assieme alla «durata del mandato» e alle «garanzie contro le pressioni esterne», sia considerato uno degli indici dell'indipendenza. Diversamente, peraltro – come anche di recente ricordato da M. CHIAVARIO, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, cit., 246 – il Regno Unito è stato condannato, nella sent. *Findlay* del 25 febbraio 1997 (in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1997, 363), per quanto riguarda la composizione delle Corti marziali, in quanto i giudici che ne facevano parte non solo erano nominati dall'Esecutivo, ma rimanevano poi in una posizione di subordinazione gerarchica rispetto ad esso.

[113] Sul punto cfr. anche M. CHIAVARIO, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, cit., 246.

Da questo pur breve e limitato esame giurisprudenziale, quindi, sembra emergere che, in alcuni casi (in cui per l'oggetto del giudizio è tale da escludere la possibilità di sovrapposizioni), tra le due Corti si realizza una «collaborazione automatica» (o, forse meglio, «di sistemi»), che risulta, come conseguenza della configurazione dei diversi sistemi, dal semplice svolgimento da parte di ciascuna di esse dei (differenti) compiti istituzionalmente affidati loro; in altri casi, invece, la compresenza dei due sistemi determina una sovrapposizione e, quindi, la possibilità di pervenire ad uno «scontro» (a causa dell'adozione di indirizzi giurisprudenziali tra loro contrastanti), oppure ad una «collaborazione volontaria» (attraverso la pur differente valorizzazione delle reciproche decisioni, seppure in un rapporto che pende necessariamente dalla parte di Strasburgo, con la conseguente possibilità di rafforzarsi vicendevolmente), o, infine, una «reciproca (o univoca) indifferenza» (nella quale le due Corti si ignorano reciprocamente, o semplicemente una delle due ignora l'altra, ma non emergono, per vari motivi, probabilmente in parte anche casuali, reali momenti di conflitto, i quali rimangono però pur sempre latenti e «a rischio di emersione»).

4. Le ipotesi di conflitto tra il giudice costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo (attraverso l'esame di alcuni casi «stranieri»)

A questo punto, prima di concludere, pare doveroso prendere in considerazione più da vicino le ipotesi in cui, a differenza di quanto abbiamo visto avvenire fino ad ora, tra le due Corti si realizzano situazioni (più o meno apertamente) conflittuali.

L'ipotesi di un siffatto contrasto tra le due Corti, infatti, non è – come dicevamo in apertura – per niente teorica, sebbene non risulti neppure frequente, anche perché «arginata» dalla «sussidiarietà» del meccanismo di Strasburgo [114], nonché – a quanto abbiamo potuto constatare – da una certa «sensibilità» e da una certa attenzione della Corte europea rispetto alle situazioni concrete che possono sussistere nei singoli Stati [115] ed anche, più specificamente, nei confronti

---

[114] Questo elemento, oltre a mirare ad evitare che si ricorra *anche* a Strasburgo, secondo la dottrina (A. Gardino Carli, *La «svolta» del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo ed una recente vicenda: il caso Contrada* c. *Italia*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 1999, 1038) determina altresì un *self-restraint* certamente utile al mantenimento di buoni rapporti tra le Corti. Tuttavia, F. Cocozza, *Profili costituzionali della giustizia transnazionale in tema di diritti umani*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, cit., 94 ss., ha sottolineato come il fatto che tra i ricorsi interni al cui previo esaurimento è condizionata la ricevibilità di quello a Strasburgo sia previsto anche il ricorso alla Corte costituzionale è proprio l'elemento determinante del «doppio controllo» e, quindi, di possibili divergenze.

[115] In merito, cfr. anche *supra*, § 1 e in part. nota 32.

della giurisprudenza costituzionale degli stessi [116]. Un ulteriore contributo alla limitazione della conflittualità, poi, può provenire certamente, da un lato, dalla configurazione del sistema interno del controllo di costituzionalità (poiché – come abbiamo rilevato fin dall'inizio – la previsione di un ricorso diretto, determinando «sistematicamente» una maggiore sovrapposizione con il sistema europeo, dovrebbe comportare un potenziale aumento della conflittualità [117], certo però non esclusa per il solo fatto che tale strumento non sia previsto, come dimostra anche l'esperienza), e dall'altro, soprattutto da un atteggiamento del giudice costituzionale di «attenzione» verso la CEDU (eventualmente anche a prescindere dal suo valore formale nell'ordinamento interno) e ancor più verso la giurisprudenza della Corte di Strasburgo quando da questa risulti il riconoscimento di un miglior livello di garanzia di alcuni diritti.

La (relativa) limitatezza delle ipotesi di contrasto, che risultano – a quanto consta – per il momento estranee allo specifico rapporto tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale italiana, ci ha spinto a volgere lo sguardo anche altrove, per verificare se con altri giudici costituzionali casi del genere si fossero verificati. Per quanto ciò, a prima vista, possa sembrare superare i limiti di oggetto della nostra relazione (che ci hanno in certo qual modo «costretto» a concentrarci prevalentemente sui casi che vedono coinvolta la Repubblica italiana), in realtà è parso necessario al fine di comprendere quali possibili conflitti potrebbero vedere coinvolta anche la nostra Corte costituzionale.

Dall'esame condotto sembra che i conflitti tra le due Corti possano emergere almeno in tre ipotesi principali: la prima è quella in cui, come è accaduto in non poche circostanze, una stessa legge (o eventualmente un altro atto dei pubblici poteri sindacabile dal giudice costituzionale interno) sia sottoposta ad entrambe le giurisdizioni qui considerate, ma, a differenza di quanto è avvenuto nella maggior parte dei casi, sia prima dichiarata conforme alla Costituzione (o più esattamente ad un diritto fondamentale costituzionalmente previsto) e/o eventualmente anche alla CEDU (ove questa sia utilizzata come parametro anche nel diritto interno) dalla Corte costituzionale di uno Stato, ma, successivamente, venga ritenuta contrastante con la CEDU dalla Corte europea dei diritti dell'uomo [118]; la seconda

---

[116] Si ricordino in proposito le osservazioni svolte nella parte finale del § 2.

[117] Così anche F. Cocozza, *Profili costituzionali della giustizia transnazionale in tema di diritti umani*, cit., 95.

[118] Tali ipotesi risultano essere ben diverse da quelle in cui possa ravvisarsi una più o meno rilevante discrepanza tra gli indirizzi giurisprudenziali in merito all'interpretazione di determinati princìpi (come, ad esempio, quello dell'imparzialità ed indipendenza del giudice), in quanto in questi ultimi casi è più difficile che il contrasto tra i due giudici emerga con chiarezza e, almeno entro certi limiti, potrebbe essere comunque giustificabile in base al «contesto» nonché, eventualmente, anche ai diversi periodi in cui sono emersi gli orientamenti giurisprudenziali confliggenti. Diversamente, quando il contrasto si consuma in relazione all'opposto giudizio sullo stesso caso, esso si manifesta con un'evidenza certamente maggiore e so-

ipotesi, che in realtà dalla nostra indagine risulta assai rara, si realizza, invece, quando l'oggetto dell'impugnazione di fronte alla Corte di Strasburgo è proprio una decisione della Corte costituzionale, la quale, o annullando (anche soltanto parzialmente) una disposizione di legge, o comunque emettendo una determinata pronuncia anche nell'esercizio di una diversa competenza attribuitale dall'ordinamento, ha determinato la violazione di un diritto fondamentale [119]; la terza, infine, è quella in cui, invece, la Corte europea è adita da un soggetto che denuncia la violazione dei suoi diritti fondamentali (riconosciuti dal sistema CEDU) avvenuta nel corso di un processo costituzionale.

La prima ipotesi sarà destinata a realizzarsi più facilmente nel caso in cui vi sia un ricorso diretto e risulterà inoltre tantopiù evidente ove la Corte costituzionale abbia dichiarato che non sussiste la violazione non (solo) della Costituzione, ma (neanche) della CEDU. Infatti, anche sulla base delle considerazioni svolte fino a questo punto, risulta che la presenza dello stesso tipo di ricorso influisce sulla possibilità che il giudizio abbia ad oggetto il medesimo atto (in particolare, soltanto il ricorso diretto porta alla possibilità di far valere anche di fronte al giudice costituzionale violazioni dei diritti fondamentali non perpetrate con legge), nonché sulla stessa impostazione della questione, così come la valutazione dell'eventuale violazione dei diritti fondamentali (anche) alla luce della CEDU realizza la piena identità del parametro (la quale, invece, non può comunque essere altrettanto piena, anche in presenza di una formulazione analoga dello stesso diritto, quando l'ordinamento interno preveda che il giudice costituzionale debba compiere le sue valutazioni soltanto alla stregua del testo costituzionale). Maggiore è, quindi, la coincidenza dell'oggetto e del parametro e maggiore sembra essere la possibilità di scontro.

Quanto appena detto risulta confermato da alcuni casi concreti. In particolare, ad esempio, un assai evidente contrasto tra le due Corti si è verificato in un caso piuttosto recente: *Barfuss* c. *Rep. Ceca* [120]. Si trattava di un cittadino ceco,

---

prattutto con ben precise e tangibili ripercussioni, che possono mettere a dura prova la «tenuta» del sistema.

Certamente il contrasto risulta ancora più forte e palese quando le due divergenti decisioni incidono sullo stesso caso concreto, per quanto paia in proposito da precisare come per sistemi di giustizia costituzionale come quello italiano, in cui manca un ricorso diretto del singolo a tutela dei propri diritti, possa non apparire del tutto corretto parlare di intervento delle due Corti sullo stesso caso, in quanto la Consulta (come altri giudici costituzionali) non giudica direttamente di questi (sebbene nel giudizio in via incidentale sia – come noto – indubbiamente presente una notevole dose di concretezza). Tuttavia pare risultare altrettanto evidente che anche attraverso il giudizio sulla legge può incidersi su situazioni concrete in modo difforme da quanto può avvenire a Strasburgo (dove esse sono giudicate direttamente), come risulterà chiaro dai casi riportati.

[119] Naturalmente, quando si tratti di una violazione derivante dall'annullamento di una norma di legge, oggetto dell'impugnazione potrebbe essere anche la nuova disciplina elaborata dal legislatore in ottemperanza al giudizio del giudice costituzionale.

[120] Questa sentenza è stata pronunciata dalla Corte europea il 31 ottobre 2000.

Jiřì Barfuss, che, avendo fatto ricorso per ben quattro volte alla Corte costituzionale del suo Paese, perché, a suo avviso, i provvedimenti di custodia cautelare emessi nei suoi confronti erano ingiustificati e comunque si erano protratti troppo a lungo (tre anni e cinque mesi), adducendo, negli ultimi tre ricorsi, la violazione degli artt. 5, comma 3, (e la prima volta anche, comma 1, lett c), e 6, comma 1, CEDU, si era visto sempre negare che sussistesse qualunque violazione (pur a fronte dell'ammissione che qualche ritardo vi era stato) da parte dei giudici costituzionali. Quindi, il signor Barfuss aveva presentato ricorso a Strasburgo per denunciare le medesime violazioni sulla base dei medesimi parametri, ottenendo così il riconoscimento della violazione dell'irragionevole durata della detenzione come del processo. Naturalmente, poiché le decisioni di Strasburgo hanno efficacia meramente dichiarativa [121] e, quindi, pur intervenendo successivamente, non hanno alcun potere di «cassazione», entrambe le sentenze rimangono in piedi, cosicché il signor Barfuss ha torto a Brno (questa la sede del Tribunale costituzionale ceco) e ragione a Strasburgo. In casi come questo, quindi, la combinazione dei sistemi di protezione dei diritti fondamentali mostra tutta la sua imperfezione e minaccia la stessa certezza del diritto, mentre anche dal punto di vista del (doppio) ricorrente gli esiti appaiono quantomeno assai deludenti: egli, infatti, da un lato, è una «semi-vittima», essendogli stata riconosciuta la lesione soltanto da uno dei due organi ai quali si è rivolto per ottenere soddisfazione, ma, dall'altro (e – pare di poter aggiungere – proprio per questo), è una «doppia vittima», perché la violazione perpetrata contro di lui con l'atto inizialmente impugnato di fronte al giudice costituzionale nazionale è stata poi ulteriormente «assecondata» proprio da quest'ultimo (cioè proprio dall'organo deputato a tutelarlo).

Tuttavia, un'ipotesi di decisione difforme tra il giudice costituzionale nazionale e la Corte europea si è anche verificato, sempre piuttosto recentemente, in presenza di un sistema di giustizia costituzionale molto diverso, come quello francese, in cui – come noto – non solo non esiste il ricorso diretto, ma non esiste neppure un sindacato incidentale, per cui il *Conseil constitutionnel* può esse-

---

[121] Non pare tuttavia da trascurare come, nonostante l'efficacia meramente dichiarativa delle decisioni della Corte di Strasburgo (che «lascia allo Stato la scelta dei mezzi da utilizzare nel proprio ordine giuridico per liberarsi dall'obbligazione che gli deriva dall'art. 46»: così la sent. 13 giugno 1979, sul caso *Marckx* c. *Belgio*, cit.), esse abbiano poi di fatto spesso determinato mutamenti (o, forse più precisamente, adeguamenti) della legislazione degli Stati membri allo scopo di evitare altre condanne: in proposito, cfr. M. CHIAVARIO, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, cit., 245; C. RUSSO-P.M. QUANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 43 ss. In merito all'assai rilevante questione degli effetti delle decisioni della Corte europea, su cui non può in questa sede intervenirsi, si rinvia a E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999. Anche piuttosto recentemente, con la sent. 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta* c. *Italia*, cit., la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo si è soffermata a precisare quali debbano essere gli effetti delle sue decisioni.

re adito soltanto in via principale da soggetti istituzionali a ciò abilitati [122]. Non solo: nonostante – come noto – in Francia la CEDU (come tutti i trattati regolarmente ratificati) abbia valore *supralégislatif* [123], la legge, nel caso in questione, non era stata impugnata (dai sessanta deputati) per violazione di questa, ma per contrarietà al «principio di separazione dei poteri» (art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, richiamata dal Preambolo della Costituzione del 1958), in quanto interveniva con effetti retroattivi su alcuni giudizi pendenti. A fronte della pronuncia con cui il *Conseil* dichiarava la conformità della legge impugnata alla Costituzione, alcuni soggetti, direttamente lesi da quella legge che impediva loro di continuare a far valere in giudizio il loro diritto a ricevere un'indennità (i quali – si badi bene – non sarebbero stati tenuti ad attendere l'esito del giudizio costituzionale, non avendo la possibilità di accedere al *Conseil*, il giudizio di fronte al quale, quindi, non rientra nel previo esaurimento dei ricorsi interni soltanto a seguito del quale può ricorrersi a Strasburgo), hanno fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del diritto ad un «equo processo» (art. 6, comma 1, CEDU), che hanno sostenuto non poter essere tale in presenza di un'interferenza da parte del potere legislativo come quella realizzatasi nel caso di specie e, in tale sede, hanno ottenuto il riconoscimento della denunciata violazione. Anche in questo caso, quindi, le due sentenze sono certamente in contrasto, ma esso appare in modo meno evidente. Infatti, non abbiamo due decisioni opposte relative al medesimo giudizio promosso dal medesimo soggetto per la tutela del medesimo diritto (previsto per giunta dallo stesso testo normativo) come avveniva nel caso *Barfuss*, ma piuttosto, da un lato, una sentenza di «costituzionalità» della legge, pronunciata su ricorso di un soggetto istituzionale, a tutela dell'ordinamento, una volta ravvisata la mancata violazione di un «principio costituzionale» (di separazione dei poteri), e dall'altro, una decisione di condanna della Repubblica francese, pronunciata su ricorso di privati cittadini, a tutela dei propri diritti, per violazione di una disposizione della CEDU. Tutto ciò non toglie, però, che quella stessa legge sia ritenuta lesiva del regolare svolgimento del processo a Strasburgo ma non a Parigi [124].

A questo punto, ci si potrebbe chiedere se ed in quale misura e con quali modalità ipotesi come quelle appena descritte potrebbero verificarsi anche in Italia.

---

[122] Si tratta del caso *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri* c. *Francia* del 28 ottobre 1999, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 2000, 380.

[123] In merito, si rinvia a F. Cocozza, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 33 ss. e alla dottrina ivi richiamata.

[124] Per un caso molto simile a quest'ultimo, cfr. la assai recente sent. 11 aprile 2002, pronunciata dalla Corte europea nel caso *Smokovitis e altri* c. *Grecia.*

Più in generale, invece, sempre in relazione alla difformità delle decisioni di un organo di giustizia costituzionale rispetto a quelle della Corte europea sulla medesima questione in relazione allo stesso parametro (nel caso l'art. 10 CEDU), può ricordarsi anche la sent. 28 ottobre 1993, *Informationsverein Lentia e altri* c. *Austria*.

Per rispondere a tale domanda pare da considerare, in primo luogo, che – come abbiamo ricordato in precedenza – tra i diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione italiana e dalla CEDU vi è un'ampia coincidenza (anche se non identità e seppure, spesso, sia riscontrabile una differente formulazione dei medesimi). Pertanto ben si potrebbe ipotizzare che un medesimo atto della pubblica autorità fosse ritenuto da uno stesso soggetto contrastante con un proprio diritto previsto sia dalla Costituzione sia dalla CEDU. Ove la violazione fosse commessa dal legislatore, essa potrebbe essere fatta valere di fronte alla Corte costituzionale, sebbene soltanto attraverso il sistema in via incidentale. Ponendo, sempre in via di ipotesi, che la Corte costituzionale avesse dichiarato la questione infondata, qualunque interessato potrebbe fare ricorso a Strasburgo, denunciando, per i medesimi (o, eventualmente, analoghi) motivi, la violazione della CEDU, e la Corte europea dei diritti dell'uomo potrebbe riconoscere la sussistenza di una siffatta violazione. In questo caso, quindi, vi sarebbero due importanti differenze rispetto al caso Barfuss. In primo luogo, infatti, il parametro sulla cui base accertare la violazione per quanto, in ipotesi, *sostanzialmente* anche identico rimarrebbe comunque almeno *formalmente* distinto e questo – se vogliamo – anche grazie alla ritrosia della Corte costituzionale all'utilizzo della CEDU (tantopiù in funzione di parametro) [125]. In secondo luogo, poi, la prospettazione delle questioni sarebbe stata differente, in quanto l'ordinanza di rimessione pone una questione a tutela non solo (e non tanto) di un diritto di un singolo, ma soprattutto (ed in primo luogo) dell'ordinamento costituzionale, mentre il ricorso a Strasburgo concerne esclusivamente il singolo caso. Tuttavia, da questo punto di vista, si realizzerebbe una differenza anche rispetto ad un sistema come quello francese, nel quale – stante la vigenza del solo accesso in via principale – la situazione del singolo nella prospettazione della questione di costituzionalità non può in nessun caso rilevare (cosa che si ripercuote, entro certi limiti, anche sul parametro invocato nelle due sedi, come anche il caso Zielinsky dimostra). Da ciò, quindi, pare potersi concludere che un contrasto tra la Consulta e la Corte di Strasburgo, se sembra naturalmente destinato ad emergere con maggiore difficoltà rispetto a quegli ordinamenti – come quello ceco – dotati di ricorso diretto e che utilizzano la CEDU come parametro, potrebbe, almeno in ipotesi, emergere comunque con una facilità maggiore rispetto a quegli ordinamenti – come quello francese – in cui l'organo di giustizia costituzionale è chiamato a giudicare la legge in modo del tutto astratto.

Per quanto concerne, invece, la seconda delle ipotesi di conflitto sopra deli-

[125] In effetti, se, invece, in un caso come quello sopra ipotizzato, la Consulta avesse utilizzato la CEDU almeno – come talvolta abbiamo visto accedere – in funzione «interpretativa» o «integrativa» del parametro costituzionale, la diversa conclusione della Corte europea potrebbe finire per sconfessare la pronuncia della Corte costituzionale, soprattutto se la «lettura» della disposizione costituzionale alla luce della Convenzione fosse stata determinante per escludere la violazione, come talvolta è, in effetti avvenuto: cfr. anche *supra*, nota 62.

neate, che – come dicevamo – risulta in realtà assai più rara della precedente, pare da sottolineare come – a differenza di quanto avviene nell'ipotesi precedente e al pari di quanto si realizza invece nella successiva – lo «scontro» non sia più alla pari, tra due organi competenti, secondo i rispettivi ordinamenti, a tutelare uguali o analoghi diritti (previsti nelle relative «Carte»), ma sia, invece, tra un giudice nazionale, per quanto costituzionale, ed un giudice internazionale al quale è istituzionalmente attribuito il compito di giudicare, su ricorso di singoli (o, eventualmente, anche di Stati) se, all'interno degli ordinamenti nazionali dei Paesi membri, vengono posti in essere da parte dei pubblici poteri (ivi compresi, quindi, i giudici costituzionali) atti da cui derivano violazioni dei diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU. Pertanto, chi si ritenesse leso da una decisione della Corte costituzionale dovrebbe poter ricorrere a Strasburgo. In realtà in merito sono state sollevate alcune perplessità da parte della dottrina (per quanto riguarda l'Italia anche in relazione all'art. 137, comma 3, Cost. [126]) ma la giurisprudenza di Strasburgo, ritenendo che l'art. 1 CEDU «non esclude alcuna parte della "giurisdizione" degli Stati membri dal controllo in base alla Convenzione» [127], pare essersi orientata nel senso di consentire il ricorso avverso le sentenze dei giudici delle leggi. In proposito, vorremmo ricordare almeno due decisioni, temporalmente assai distanti, nella più risalente delle quali la denunciata violazione della CEDU derivava da una decisione d'incostituzionalità di una disposizione di legge, mentre nella più recente la violazione era stata commessa nell'esercizio di una diversa competenza della Corte costituzionale. In particolare, nel caso *X. e Y.* c. *Repubblica Federale Tedesca*, deciso dalla Commissione il 19 maggio 1976, due donne avevano presentato ricorso contro la sentenza pronunciata dal Tribunale costituzionale tedesco il 25 febbraio 1975, con cui veniva dichiarata l'incostituzionalità di una legge dell'anno precedente, che, nel riformare il codice penale relativamente alla disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, consentiva che ad essa potesse farsi ricorso nelle prime dodici settimane «senza alcuna particolare ragione di necessità». Tale decisione del giudice costituzionale (e la successiva legge approvata dal Parlamento tedesco in ottemperanza della stessa),

---

[126] Sul punto, che certamente meriterebbe di essere adeguatamente approfondito in un'apposita sede, cfr. F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 124 ss. e dottrina ivi riportata, tra cui, in particolare, G. VELU-R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, 97, nonché, più recentemente e più in particolare, F. DAL CANTO, *Il giudicato costituzionale nei giudizi di legittimità delle leggi*, Torino, in corso di pubblicazione.

[127] Così, in particolare, nella sent. 30 gennaio 1998, sul caso *Partito Comunista Unito di Turchia e altri* c. *Turchia*, nella quale, in proposito e quasi a specificazione dell'affermazione riportata nel testo, si legge anche che «*the political and institutional organisation of the members State must accordingly respect the right and principles enshrined in the Convention. It matters little in this context whether the provisions in issue are constitutional or merely legislative. From the moment that such provisions are the means by which the State concerned exercises its jurisdiction*, *they are subject to review under the Convention*».

secondo le ricorrenti, avrebbe violato i diritti riconosciuti dagli artt. 8 e 9 della CEDU. Ora, sebbene la Commissione europea, nel giudicare il caso di specie, non sia giunta a ritenere sussistente la dedotta violazione (sottolineando anzi come la Repubblica Federale Tedesca avesse in materia una delle legislazioni più liberali tra quelle degli Stati contraenti), ciò che in questa sede interessa porre in luce è come essa sia scesa ad un esame di merito, ritenendo pertanto conforme al sistema di protezione dei diritti fondamentali della CEDU anche l'impugnazione di sentenze della Corte costituzionale [128]. Certamente, però, in questo caso il merito della decisione «europea» ha impedito che si realizzasse il contrasto tra le due giurisdizioni.

Il secondo caso, invece, è quello del *Partito Comunista Unificato di Turchia e altri* c. *Turchia*, deciso dalla Corte con sent. 30 gennaio 1998 [129]: il Partito Comunista Unificato di Turchia (TBKP), una volta costituitosi, aveva sottoposto, in conformità con la legislazione vigente, al competente ufficio della Corte di Cassazione il proprio atto di costituzione e il suo programma per la valutazione della loro compatibilità con la Costituzione. Tale ufficio, ritenendo tale compatibilità insussistente, aveva quindi fatto ricorso alla Corte costituzionale affinché essa ordinasse lo scioglimento del TBKP. La Corte costituzionale, pur condividendo soltanto una parte delle censure d'incostituzionalità su cui si era basato il ricorso, aveva emesso una decisione con cui ordinava lo scioglimento di suddetto partito. Contro tale decisione è stato quindi presentato ricorso a Strasburgo, dove prima la Commissione e poi la Corte hanno ritenuto sussistente la dedotta violazione dell'art. 11 CEDU (considerando invece assorbite le altre censure). In questo caso, quindi, a differenza che in quello precedentemente ricordato, non solo la Corte europea ha accettato di sindacare una sentenza della Corte costituzionale di uno degli Stati membri ma ha ritenuto che tale decisione si ponesse in contrasto con la CEDU. Per quanto, stante l'efficacia delle decisioni rese a Strasburgo, ciò non implichi una riforma del giudicato costituzionale, certamente una decisione come quella appena ricordata determina una forte sconfessione del giudice costituzionale come organo di protezione dei diritti fondamentali.

Possiamo quindi passare all'ipotesi in cui la Corte europea, investita della questione dell'avvenuta violazione di un diritto fondamentale riconosciuto dalla CEDU nel corso di un processo di fronte alla Corte costituzionale (e quindi, sostanzialmente, della violazione del diritto al «giusto processo *costituzionale*»), riscontri che una siffatta violazione vi è stata. Pure in questi casi, anche recentemente ricondotti tra le ipotesi di conflitto tra le due Corti [130], risulta evidente come non vi sia, come nella prima ipotesi, uno «scontro» tra due organi depu-

---

[128] Sul punto cfr. anche F. Cocozza, *Profili costituzionali della giustizia transnazionale in tema di diritti umani*, cit., 94 ss.

[129] In *Riv. internaz. dir. uomo*, 1998, 468.

[130] Cfr. J.P. Costa, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 16 ss.

tati – in base ai rispettivi ordinamenti – a tutelare uguali o analoghi diritti, ma, al pari di quanto abbiamo visto accadere nella seconda ipotesi, il contrasto si realizza tra un giudice nazionale, per quanto costituzionale, ed un giudice internazionale al quale è istituzionalmente attribuito, in questo caso, il compito di controllare che, nell'esercizio della giurisdizione, anche costituzionale, all'interno degli Stati membri, si rispetti il principio del «giusto processo» con tutto ciò che ne deriva. La Corte costituzionale, o meglio il suo «comportamento», quindi, in questo caso, viene ad essere l'oggetto del giudizio della Corte europea (in posizione di controllo). Certamente questo potrà parimenti creare frizioni, conflitti, tra i due organi, ma in senso ben diverso rispetto a quanto avviene in presenza di una «doppia pronuncia». Anche da questo punto di vista, comunque, non risultano «rapporti» tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo, a differenza che tra quest'ultima e altri giudici costituzionali. In proposito possiamo peraltro ricordare come qui la Corte europea si sia soffermata ancora piuttosto ampiamente sul diritto alla «durata ragionevole del processo», la cui applicabilità al giudizio costituzionale era stata inizialmente negata sulla base del fatto che in esso non si discuteva di «diritti e obbligazioni di carattere civile» né di «accuse in materia penale» [131], ma che poi è stata più volte riaffermata [132]. Tuttavia non sono mancati casi in cui la Corte europea ha dichiarato la violazione del diritto al «giusto processo» dal punto di vista del mancato rispetto della parità delle armi e del principio del contraddittorio [133].

A quest'ultimo proposito, per quanto concerne il processo costituzionale in Italia, l'esclusione della possibilità per i «terzi» di far valere i propri diritti, in particolare nei conflitti di attribuzione, potrebbe determinare una violazione – oltre che della Costituzione stessa (e segnatamente degli artt. 24 e, ora, 111) – dell'art. 6 CEDU [134], potendosi così avere l'intervento sanzionatorio della Corte di Strasburgo. In effetti, se rispetto ai «terzi» la Corte ha – come noto – proceduto ad una progressiva «apertura» dei diversi giudizi [135], rimangono casi in cui si man-

---

[131] Cfr. sent. 6 maggio 1981, *Buchholz* c. *RFT* (in *Riv. dir. internaz.*, 1981, 856), poi ripresa anche nella ricordata sentenza con cui si decise il caso *Sramek*. Peraltro una conclusione di questo tipo avrebbe reso inapplicabili al processo costituzionale anche tutte le altre garanzie del «giusto processo».

[132] Cfr. la sentenze pronunciate contro la Repubblica federale tedesca in relazione ai casi *Deumeland*, *Bock* e *Pamele*, rispettivamente nel 1986, nel 1989 e nel 1997. Certamente l'attuale durata del processo costituzionale in Italia non pare poter esporre il nostro Paese a rischi di condanne.

[133] Ciò è, ad esempio, avvenuto nella sent. 3 giugno 2000, *Kremaz e altri* c. *Rep. Ceca*.

[134] Sul punto cfr. A. CARIOLA, *L'immunità dei parlamentari, il giusto processo e il diritto comune costituzionale*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, nei giorni 31 marzo e 1 aprile 2000, Milano, 2001, in part. 275, nonché G. ZAGREBELSKY, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 103.

[135] Si pensi all'*overruling* relativo ai giudizi di ammissibilità del *referendum* di cui alla

tiene (ancora?) un atteggiamento di «chiusura». In particolare, un caso in cui l'esclusione del «terzo» risulta particolarmente pregiudizievole risulta quello in cui il medesimo non venga fatto intervenire in un conflitto di attribuzione tra poteri per una questione di insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse dai parlamentari (art. 68, comma 1, Cost.). Da questi giudizi, in effetti, la Corte ha costantemente escluso la partecipazione tanto del parlamentare «autore» dell'opinione (o, per essere esatti, nella maggior parte dei casi, dell'offesa) quanto del terzo destinatario (o meglio, più spesso, vittima) della stessa. Le posizioni di questi «esclusi» non sono però comparabili: infatti – come già esattamente segnalato dalla dottrina [136] – mentre «nell'ipotesi del parlamentare, la sua difesa è, in buona sostanza, indirettamente assicurata dalla difesa della Camera […], la difesa del terzo è invece formalmente e sostanzialmente sempre assente». Peraltro, il soggetto in questione, una volta arrestatosi il giudizio ordinario contro il parlamentare, non avrebbe che questa sede per tutelarsi, cosicché la posizione fino ad oggi tenuta dalla Consulta parrebbe contrastare con l'affermazione della stessa secondo la quale non può ammettersi «che vi sia un pregiudizio direttamente incidente su posizioni giuridiche soggettive senza che vi sia la possibilità giuridica per i titolari delle medesime posizioni di difenderle come parti del processo stesso» [137]. Per quanto da qualche tempo possano ravvisarsi nella giurisprudenza costituzionale elementi tali da far presagire un *revirement* in merito [138], ad oggi, es-

---

sent. n. 31 del 2000 (in *Giur. cost.*, 2000, 215 ss.), poi confermato in diverse decisioni della stessa «tornata» (sul punto cfr., in particolare, A. MORELLI, *Del giudizio di ammissibilità come «processo» costituzionale (a proposito dell'intervento di terzi nel procedimento davanti alla Corte)*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 143 ss.; F. GIUFFRÈ, *La «forma» del contraddittorio dal giudizio di legittimità al sindacato di ammissibilità: la Corte «apre» ai «comitati del no» ma solo in quanto «amici»*, in *Giur. cost.*, 2000, 2999 ss.; A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del* referendum *abrogativo*, cit., 237 ss.); nonché alla sent. n. 76 del 2001 (in *Giur. cost.*, 2001, 488 ss.), con cui si è consentito l'intervento nel giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regione alla parte civile costituita nel processo penale a carico di un consigliere regionale per il reato di diffamazione a mezzo stampa (in proposito, R. ROMBOLI, *Immunità per le opinioni espresse dai parlamentari e dai consiglieri regionali e tutela del terzo danneggiato: un importante mutamento della giurisprudenza costituzionale in attesa di un altro più significativo*, in *Giur. cost.*, 2001, 496 ss.; G. GEMMA, *Intervento dei soggetti privati nei conflitti di attribuzione fra Stato e regioni: la Corte dà via libera*, *ivi*, 509 ss.; A. CONCARO, *Conflitti costituzionali e immunità: anche le parti private vanno tutelate nel giudizio dinanzi alla Corte?*, *ivi*, 515 ss.; P. BIANCHI, *Il conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, cit., 165 ss.).

[136] Cfr. A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, cit., 38.

[137] Cfr. sent. n. 314 del 1992, in *Giur. cost.*, 1992, 2595.

[138] Ci si riferisce, in particolare, alla già ricordata sent. n. 76 del 2001, relativa sempre ad una questione di insindacabilità, per quanto dei consiglieri regionali (art. 122, comma 4, Cost.), e quindi pronunciata a conclusione di un giudizio per conflitto di attribuzione tra Stato e Regioni, nonché alla ancor più recente sent. n. 172 del 2002 (in *G.U.*, 1ª serie speciale, 15 mag-

so – nei conflitti tra poteri – non vi è stato. Se, quindi, uno di questi terzi esclusi facesse ricorso alla Corte europea contro la decisione della Corte costituzionale nella parte in cui gli nega il diritto di intervento, pare di poter presumere che si perverrebbe ad una pronuncia di condanna dell'Italia per violazione dell'art. 6 CEDU. Certamente, però, come ben noto e peraltro già ricordato, essa non si imporrebbe direttamente alla Corte costituzionale, ed anzi potrebbe avere l'effetto di irrigidire la sua posizione di «chiusura» del contraddittorio, per una sorta di «reazione d'orgoglio» a fronte di quella che potrebbe essere percepita come un'indebita ingerenza (o, addirittura, la tentata affermazione di una supremazia).

Dalle situazioni descritte in quest'ultimo paragrafo pare emergere una considerazione: se certamente è vero che la Corte europea dei diritti dell'uomo è competente a giudicare le violazioni dei diritti sanciti dalla CEDU quale che sia l'autorità nazionale che le ha commesse, ivi compresi, quindi, i giudici costituzionali, non vi è dubbio che quando esse provengono da questi ultimi possono apparire ancora più gravi ed odiose, perché compiute proprio dall'autorità alla quale, come abbiamo sottolineato nell'introdurre l'argomento oggetto della presente relazione, è attribuito, con varie modalità e sotto varie forme, diverse nei diversi ordinamenti, (anche) il compito di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo. Nello stesso tempo, però, proprio la sussistenza di ipotesi di questo tipo pare costituire la prova dell'opportunità (se non addirittura della necessità) di attribuire (anche) ad un organo internazionale la competenza per intervenire a tutela dei diritti fondamentali.

5. Notazioni finali (e non conclusive)

Nel tentare di trarre qualche considerazione finale dalla panoramica delle problematiche relative ai rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo che abbiamo cercato di offrire – pur in modo soltanto parziale – nelle pagine precedenti, pare da constatare come essi, fino ad ora, non abbiano destato particolari preoccupazioni dal punto di vista dei «conflitti» (che pure uno sguardo anche del tutto superficiale alla giurisprudenza costituzionale di altri Paesi europei mostra essere latenti), mentre sembrano destarne qualcuna in più dal punto di vista della «circolazione» dei diritti in ambito «europeo» (comprensivo della «grande» come della «piccola» Europa), e, di conseguenza, della «integrazione» attraverso i diritti, la cui importanza è sottoli-

---

gio 2002, n. 19), in cui, nel decidere di un conflitto di attribuzione tra poteri *ex* art. 68 Cost., la Corte, a fronte di una richiesta di intervento di una persona la cui reputazione era stata lesa dalle dichiarazioni rese (in televisione) da un parlamentare, ha dichiarato l'improcedibilità (per scadenza del termine dei venti giorni previsti per il deposito presso la cancelleria degli atti notificati) «a prescindere da ogni altro profilo relativo […] alla ammissibilità e ritualità dell'intervento del dottor Pennisi».

neata molto spesso per quanto concerne la più compatta Unione europea [139], ma che potrebbe essere favorita anche grazie alla CEDU [140] (alla quale, non a caso, continua a farsi riferimento anche in ambito comunitario allorquando ci si occupa della tutela dei diritti fondamentali) e all'operato della Corte di Strasburgo [141], soprattutto nell'ottica dell'allargamento anche dell'Unione europea, certamente agevolato da una più compatta condivisione dei diritti fondamentali.

In effetti, pare che questa prospettiva della «integrazione», di un progressivo avvicinamento tra i diversi Paesi europei nella condivisione dei diritti fondamentali, sia da considerare il punto centrale dei rapporti anche tra la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo (oltre che di tutti quelli che possono intercorrere tra i diversi soggetti che operano all'interno di questi «sistemi concentrici» nella protezione dei diritti fondamentali [142]), assieme, naturalmente, ad una migliore e più ampia protezione dei diritti dei singoli. La questione dei «conflitti», la cui esistenza non abbiamo inteso celare fin dall'inizio, rappresenta soltanto un risvolto (naturalmente da non sottovalutare) della questione, rivelatosi ad oggi piuttosto contenuto. Si potrebbe certamente sostenere la possibilità di eliminare una siffatta evenienza in radice, conferendo alla Corte di Strasburgo una sorta di potere di «cassazione» delle sentenze della Corte costituzionale o comunque una possibilità di rivedere le stesse a seguito di un intervento della Corte europea [143], ma sulla effettiva praticabilità di tali soluzioni – soprattutto nel

---

[139] In merito può rinviarsi, in particolare, a L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998.

[140] Non pare infatti da dimenticare come fin dal suo *Preambolo* la Convenzione affermi «che fine del Consiglio d'Europa è quello di realizzare un'unione più stretta tra i suoi Membri, e che uno dei mezzi per conseguire tale fine è la salvaguardia e lo sviluppo dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali», e come tale principio abbia trovato applicazione nella stessa giurisprudenza di Strasburgo: cfr., ad esempio, la sent. 23 marzo 1995, *Loizidou* c. *Turchia*, cit.

[141] Tale Corte ha infatti in varie occasioni dato un notevole contributo alla creazione di un diritto europeo uniforme: cfr. in proposito C. RUSSO-P.M. QUANI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 48 ss., i quali in proposito ricordano opportunamente la sent. 13 giugno 1979, *Marckx* c. *Belgio*, con la quale il Belgio fu condannato per la legislazione discriminatoria nei confronti dei figli naturali rispetto a quelli legittimi, anche avuto riguardo alle modifiche in proposito intervenute in altri Stati parti della CEDU, quali in particolare la Francia, l'Italia ed i Paesi Bassi.

[142] In proposito cfr. in questi stessi *Atti*, le relazioni di G. DE MURO, *I rapporti fra Corte di giustizia delle Comunità europee e Corte di giustizia dei diritti dell'uomo*; L. MONTANARI, *Giudici comuni e Corti sovranazionali*; B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*; F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*.

[143] In questa direzione parrebbero muovere, ad esempio, i suggerimenti di G. ZAGREBELSKY, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., il quale ipotizza la «possibilità di rivedere le stesse decisioni della Corte costituzionale o il giudicato».

medio periodo ed in special modo quando si tratti, appunto, di decisioni del giudice delle leggi – pare possa esservi qualche ragione di dubitare [144].

A nostro avviso, la questione che emerge con crescente chiarezza dall'esame della giurisprudenza soprattutto della Corte costituzionale italiana, però, non è tanto quella di evitare scontri con la Corte europea dei diritti dell'uomo (che, pure – sia consentito ripeterlo un'ultima volta – potrebbero insorgere così come sono insorti con altri giudici costituzionali), ma quello di incrementare il «dialogo», per favorire la «circolazione» dei diritti fondamentali e la «integrazione europea» (anche a livello della «grande Europa») attraverso i medesimi. Per fare questo non pare necessario che la CEDU sia formalmente dotata di un particolare valore nel sistema interno delle fonti del diritto, basta che venga «usata», e non solo nella sua formulazione testuale, ma anche nel significato «vivente» che riceve dalla Corte di Strasburgo [145]. A prescindere dal posto occupato dalla Convenzione nell'ambito del diritto interno (valore legislativo, sopra-legislativo, o costituzionale) essa potrà sempre essere utilizzata per tutelare i diritti fondamentali (*anche*) contro le violazioni commesse dal legislatore (e quindi *anche*, ma *non solo*, dalla Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi), attraverso un'interpretazione estensiva dei diritti costituzionalmente previsti anche alla luce della CEDU e del «diritto vivente europeo» (ciò sembrando anzi, come

---

[144] In proposito non può tuttavia trascurarsi come, invece, in altri Paesi europei vada emergendo sempre di più «una tendenza […] per l'individuazione di uno strumento che porti a invalidare […] la stessa «cosa giudicata», quando la Corte di Strasburgo abbia accertato violazioni di qualche garanzia, sostanziale o processuale, nell'*iter* di formazione del giudicato» (così M. CHIAVARIO, *L'incidenza della Convenzione sul diritto penale e processuale*, cit., 245). I meccanismi attraverso i quali si procede nel senso indicato sono sostanzialmente riconducibili allo schema della revisione (quale che ne sia la denominazione): per un esame per diversi Paesi cfr. in particolare E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, cit., 216 ss. Ma sul punto cfr. anche, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Le réexamen de certaines affaires suite à des arrêts de la Cour éuropeéenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, 715 ss., nonché, in questi stessi *Atti*, la relazione di B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit., la quale ricorda come, in proposito, vi sia stata anche una raccomandazione del Comitato dei Ministri con cui gli Stati membri sono stati invitati a considerare la possibilità di introdurre meccanismi di riesame nei casi in cui la Corte riscontri una violazione della Convenzione. In senso analogo cfr. poi anche l'opinione dissenziente pronunciata dal giudice Zupancic nella già ricordata sent. 27 febbraio 2001, *Lucà* c. *Italia*.

[145] Un esempio recente – nel quale manca però ogni riferimento al diritto «vivente» – può essere costituito dalla sent. n. 135 del 2002, cit., in cui, al fine di valutare se la libertà di domicilio di cui all'art. 14 Cost. possa essere limitata soltanto attraverso gli strumenti costituzionalmente previsti (ispezioni, perquisizioni, sequestri) oppure tolleri altri tipi di «interferenze» (e segnatamente riprese visive o videoregistrazioni), si «legge» la disposizione costituzionale alla luce della CEDU (art. 8), oltre che del Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17) e della stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 7), della quale si riconosce espressamente il carattere non giuridico, mostrandosi, quindi, chiaramente come possa prescindersi dal «valore» delle norme internazionali nell'ordinamento interno.

dicevamo, particolarmente conforme alla «natura» della Convenzione). Si potrebbe eventualmente convenire sull'opportunità di introdurre, a tal fine, anche nel nostro ordinamento una disposizione impositiva di un obbligo in tal senso, sul modello dell'art. 10, comma 2, Cost. spagnola, per quanto, in realtà, anche questo potrebbe non essere necessario. Piuttosto sarebbe opportuno che la Corte costituzionale, nell'applicare il diritto della «grande Europa» tenesse ben presente il «principio di favore», previsto dalla stessa CEDU, per cui «nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi», facendolo valere, naturalmente, anche per la giurisprudenza di Strasburgo. In sostanza, quindi, né la CEDU né la giurisprudenza ad essa relativa potrebbero essere interpretate per «restringere» i diritti fondamentali degli individui, che potrebbero ottenere negli Stati (come in alcune occasioni già avviene) anche una protezione migliore. Proprio per questo parrebbe opportuno che anche la Corte europea mostrasse una (ancora) maggiore «sensibilità» al diritto giurisprudenziale nazionale (a partire da quello dei giudici costituzionali) sui diritti fondamentali, nel tentativo di realizzare un sempre più perfetto sistema di circolazione dei diritti: in questo modo, infatti, attraverso la giurisprudenza di Strasburgo, le posizioni della giurisprudenza costituzionale di alcuni Paesi, più all'avanguardia nella tutela di alcuni diritti fondamentali, potrebbero esercitare una proficua influenza sugli altri giudici costituzionali nazionali, favorendo così una evoluzione nella protezione dei suddetti diritti fondamentali.

GIUDICI COMUNI E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI *

BARBARA RANDAZZO

SOMMARIO: Premessa. – *Sezione I.* IL GIUDICE NAZIONALE NEL SISTEMA DEL CONSIGLIO D'EUROPA. – 1.1. La sussidiarietà della tutela ed il previo esaurimento delle vie interne di ricorso (il rapporto tra gli artt. 1, 6, 13, 34 e 35 della CEDU). – 1.2. La verifica dell'avvenuto esperimento dei rimedi interni. – 1.3. La l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto) e le interlocutorie decisioni di irricevibilità della Corte dei diritti. – 1.4. Il diritto al giudice dal punto di vista sostanziale e la tutelabilità delle situazioni soggettive non giustiziabili in Italia. – *Sezione II.* L'EFFICACIA INTERNA DELLE DECISIONI DELLA CORTE EDU. – 2.1. Premessa. – 2.2. L'obbligo degli Stati membri di conformarsi alle decisioni della Corte con riguardo alle controversie nelle quali essi sono parti: effetti sul giudicato interno e su provvedimenti giurisdizionali non definitivi. – 2.3. (*Segue*): obbligo di prevenire l'insorgere di nuove violazioni: l'adeguatezza di misure riparatorie di tipo risarcitorio oltre che di quelle preventive. – 2.4. Effetti solo *inter partes* delle pronunce o sussistenza di un obbligo di adeguamento a precedenti vincolanti? – 2.5. Possibili ambiti di conflitto tra obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme e obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza di Strasburgo. – *Sezione III.* L'UTILIZZO DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DEI DIRITTI AD OPERA DEI GIUDICI ITALIANI. – 3.1. Il rango della Convenzione nella giurisprudenza dei giudici comuni. – 3.2. (*Segue*): la sua portata normativa. – 3.3. Osservazioni a margine della sentenza «*Polo Castro*». – 3.4. Il ruolo svolto dalla giurisprudenza di Strasburgo (o del mero richiamo alla Convenzione) ai fini della decisione del singolo caso: sul «seguito» vero e proprio (rinvio al § 2.2). – 3.5. Come regola della decisione. – 3.6. I casi in cui sono utilizzate *ad adiuvandum*. – 3.7. La «prevalenza» della CEDU sulla norma interna incompatibile come diritto comunitario: casi «curiosi» o una via da percorrere fino in fondo? – *Sezione IV.* EQUA RIPARAZIONE E RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO: GIUDICI COMUNI E CORTE EUROPEA A CONFRONTO. – 4.1. Premessa. – 4.2. *Le délai raisonnable* a Strasburgo. – 4.3. Le prime pronunce delle Corti d'appello. – 4.4. L'ambito di applicazione della legge. – 4.5. Natura del rimedio e onere della prova («tariffario» europeo e «tariffario» nazionale). – OSSERVAZIONI DI SINTESI E CONCLUSIVE.

---

* Desidero ringraziare il Prof. Valerio Onida per i preziosi suggerimenti che mi hanno guidata nel corso del presente lavoro e il Prof. Nicolò Zanon per le Sue osservazioni.

Si avverte il lettore che si è aggiornato il testo del § 3.7 e della sezione IV con le prime decisioni della Cassazione (depositate in agosto e settembre 2002) relative ai ricorsi sull'equa riparazione e si è tenuto conto del d.l. 11 settembre 2002, n. 201 (recante misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia) che modifica la legge Pinto.

Le pronunce citate non corredate dall'indicazione della rivista, se edite, sono reperibili sui

Premessa

Considerata l'ampiezza del tema assegnatomi, nella presente ricerca ho inteso mettere in rilievo solo gli aspetti più significativi e attuali dei rapporti tra i giudici comuni italiani e le Corti sovranazionali e perciò si è pressoché imposta l'esigenza di concentrarmi sul rapporto con la Corte di Strasburgo. La scelta si fonda su due ordini di ragioni, forse ovvie, ma che vale comunque la pena di esplicitare: una pratica, legata al fatto che tale rapporto consente di toccare, sotto molteplici profili come si vedrà, la problematica generale che ci occupa; l'altra, potremmo dire, sostanziale, legata invece all'oggetto del giudizio davanti alla Corte di Strasburgo, che offre interessanti occasioni di confronto col diritto costituzionale interno. Si tratta, infatti, di esaminare l'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) sia ad opera del suo giudice sia per mano dei giudici nazionali.

La predisposizione di strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali se, da un lato, rafforza la loro garanzia, dall'altro presenta il rischio della formazione di indirizzi giurisprudenziali contrastanti, del sorgere di eventuali conflitti implicanti la necessità di stabilire a chi spetta l'ultima parola, e ciò non solo con riferimento alle giurisdizioni più alte (Corti costituzionali e giudici europei o internazionali), ma anche rispetto ai giudici di merito, che potrebbero in futuro, vedere messa in discussione addirittura la stabilità dei propri giudicati definitivi, non soltanto un loro indirizzo interpretativo. Ovviamente quando il controllo sovranazionale verterà sulle garanzie del giusto processo fissate nell'art. 6 della Convenzione, esso non potrà spingersi fino a sindacare la fondatezza della decisione, ma si appunterà sulla regolarità del procedimento seguito per pervenire al risultato; nel caso in cui si lamenti, invece, la violazione di un diritto «sostanziale», allora potrà essere sindacato anche il merito della decisione.

Considerato che ci si muove nel campo dei diritti fondamentali si è preferito affrontare il tema con un approccio più pragmatico, senza prendere una posizione a priori sulla collocazione della Convenzione nel sistema delle fonti [1], rinviando allo sterminato dibattito dottrinale sul tema, ci si limita a sostenere la necessità di superare un approccio puramente formalistico del problema [2].

---

siti ufficiali delle relative autorità, quelle della Corte di cassazione nelle principali banche dati giuridiche.

[1] G. Zagrebelsky, *Sul valore e sull'efficacia delle norme della CEDU e della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento interno*, intervento presentato durante l'incontro con la delegazione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2 novembre 2000. Si veda inoltre G. Sorrenti, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di copertura a «più facce»*, in *Pol. dir.*, 1997, 349 ss. e l'ampia letteratura ivi indicata.

[2] Sulla necessità di integrare forma e sostanza degli atti normativi cfr. A. Ruggeri, *Fonti e norme nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, I, *L'ordinazione in sistema*, Torino, 1993, 36.

Si guarda, dunque, alla posizione del giudice interno che è chiamato a fare i conti con un testo normativo nato in un ordinamento diverso, quello del Consiglio d'Europa, e con la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Strasburgo che è il giudice proprio, *ad hoc*, della CEDU. Molteplici sono gli interrogativi che si aprono: si può sostenere l'esistenza di un obbligo, in capo al giudice nazionale, di dare alle leggi interne una interpretazione conforme alla Convenzione e alla giurisprudenza sovranazionale? *Quid iuris* in caso di contrasti giurisprudenziali tra Corte costituzionale e Corte europea?

Oltre ad affrontare le conseguenze che discendono dal principio di sussidiarietà che lega la tutela interna e quella internazionale, si esamineranno i casi concreti in cui emergono più chiaramente le influenze e i contrasti tra giurisprudenze. La recente approvazione della c.d. legge Pinto, introduttiva di un ricorso interno per rimediare alla violazione del diritto alla ragionevole durata dei procedimenti come garantito dall'art. 6, § 1 della Convenzione, offrirà un filo rosso per guardare alla dinamica di questi rapporti: la si prenderà in esame sotto i suoi diversi aspetti nelle varie sezioni in cui è articolato il lavoro. Nelle prime due si tenterà di fornire una cornice di riferimento della ricerca, si passerà, nella terza e nella quarta, ad esaminare più da vicino le due giurisprudenze.

Sezione I – Il giudice nazionale nel sistema del Consiglio d'Europa

1.1. La sussidiarietà della tutela ed il previo esaurimento delle vie interne di ricorso (il rapporto tra gli artt. 1, 6, 13, 34 e 35 della CEDU)

Il rapporto tra giudici nazionali e Corte europea si pone su due piani: da un lato infatti le autorità giurisdizionali interne rappresentano la prima istanza di garanzia nel sistema del Consiglio d'Europa, come si dirà tra poco, dall'altro sono esse stesse sottoposte a controllo rispetto ai requisiti essenziali di cui debbono godere e in ordine all'attività svolta.

L'art. 1 della Convenzione europea sembra caratterizzarla rispetto alle altre Carte internazionali, sancendo non solo l'obbligo dello Stato di assicurare i diritti ivi garantiti attraverso le fonti normative nazionali, ma anche di assicurare l'azionabilità (in senso generico) degli stessi direttamente da parte del singolo davanti alle autorità nazionali, sia amministrative che giurisdizionali. In tal senso dispone espressamente l'art. 13 della Convenzione (che il Protocollo n. 11 ha intitolato «diritto ad un ricorso effettivo»), secondo il quale «ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la

violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali» [3].

A sua volta il principio di sussidiarietà sul quale si fonda il sistema della Convenzione configura il giudice nazionale come primo garante della sua applicazione [4], la Corte, infatti, non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35, § 1). Il sistema di protezione dei diritti a livello europeo può essere attivato solo in seconda battuta, a condizione cioè che la pretesa violazione del diritto sia prima fatta valere all'interno del proprio ordinamento nelle forme ivi previste: la responsabilità internazionale dello Stato nasce se ed in quanto esso non sia stato in grado di riparare alla violazione all'interno del proprio ordinamento giuridico. La regola afferisce ai princìpi del diritto internazionale generalmente riconosciuti, e si fonda in particolare sui princìpi di sovranità e di sussidiarietà.

La sua *ratio* presenta un aspetto negativo ed uno positivo: in base al primo essa funge da filtro rispetto ai ricorsi internazionali, per il secondo essa impone agli Stati di garantire ai soggetti ricorsi interni effettivi.

Di tale regola il giudice europeo ha fatto applicazione con flessibilità, ancora di recente nel caso *Baumann* c. *Francia*, ha ribadito che: «*l'art. 35 § 1 doit s'appliquer avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif (arrêt Cardot* c. *France du 19 mars 1991, série A n. 200, 18 § 34). (…) la regle de l'épuisement des voies de recours internes ne s'accomode pas d'une application automatique et ne revêt pas un caractère absolu; en contrôlant le respect, il faut avoir égard aux circonstances de la cause (arrêt Van Oosterwijck* c. *Belgique du 6 novembre 1980, 18 § 35)*» [5].

La giurisprudenza ha chiarito, inoltre, che non basta sia previsto un qualsiasi rimedio, è necessario che esso sia accessibile, efficace e sufficiente: non devono cioè sussistere impedimenti di qualsiasi natura al suo esperimento, e l'autorità adita deve essere in grado di riparare la doglianza lamentata dal ricorrente per

---

[3] Per un approfondito commento si veda A. PERTICI-R. ROMBOLI, *Sub art. 13*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI, Padova, 2001, 377 ss.

[4] Sul punto si vedano B. CONFORTI, *Principio di sussidiarietà e Convenzione europea dei diritti umani*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1994, 42 ss.; M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001, 73 ss.; ID., *Compendium della CEDU. Le linee guida della giurisprudenza relativa alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2000, spec. 314 ss.; G. GAJA, *Sub art. 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., spec. 27 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Sub art. 35, § 1*, *ibidem*, 579 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Il giudice interno «primo» organo di garanzia della Convenzione die diritti umani*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1988, 190 ss. In una prospettiva più generale si veda G. GAJA, *L'esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milano, 1967.

[5] Decisione del 22 maggio 2001, cit., § 40.

evitare che il diritto riconosciuto non si riduca ad un mero *flatus vocis* [6]. (L'art. 35 pone anche altre condizioni di ricevibilità del ricorso individuale, come ad esempio la sua non manifesta infondatezza, ma ai nostri fini, esse non assumono particolare rilevanza) [7].

È evidente la connessione della norma dell'art. 35 con quella prevista all'art. 13. Quanto a quest'ultimo, giova subito precisare, seppure per inciso, che nonostante la sua formulazione letterale, la disposizione gode di una sua autonomia, in quanto può essere invocata anche *ex se* e non solo in seguito all'accertamento della violazione di uno degli altri diritti garantiti dalla Convenzione [8]. Quanto invece alla sua funzione ausiliaria rispetto agli altri diritti, occorre chiarire che la giustiziabilità di questi davanti ad una «istanza nazionale» non implica necessariamente che si tratti di un giudice; tuttavia, oltre ad essere tenuta al rispetto di regole procedurali, l'autorità competente deve godere di un certo grado di imparzialità ed indipendenza, e soprattutto deve poter disporre la cessazione del comportamento lesivo, l'annullamento dell'atto, il risarcimento del danno ecc.: in altre parole deve essere astrattamente idonea al raggiungimento dello scopo per cui è adita (senza con ciò dover assicurare un esito favorevole) [9]. Il rimedio interno, quindi, può ben avere natura amministrativa, può svolgersi davanti ad una pubblica amministrazione, come pure davanti ad una autorità amministrativa indipendente (dubbi sorgono per i ricorsi politici [10]), poiché ciò che conta sono i requisiti dell'organo e della relativa procedura, tanto che la carenza o la grave insufficienza delle garanzie del giusto procedimento (indipen-

---

[6] Per approfondimenti sul punto si veda R. PISILLO MAZZESCHI, *Sub art. 35 § 1*, in *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., 579-602 ss., spec. 582-583 e 589-593. Per un ampio esame della giurisprudenza europea relativa ai molteplici profili della regola del previo esaurimento dei ricorsi interni si vedano M. DE SALVIA, *Compendium della CEDU*, cit., spec. 315-332; J.A. FROWEIN-W. PEUKERT, *Europäische Menchenrechtskonvention*, *Kommentar*, Kehl, Strasburg, Arlington, 1996; L.E. PETTITI-E. DECAUX-P.H. IMBERT, *La Convention européenne des droit de l'homme*, *Commentaire article par article*, Paris, 1995, 591 ss.; J.ST.R. MACDONALD-H. MATSCHER-F. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston-London, 1993.

[7] Cfr. in particolare i §§ 2 e 3: «2. La Corte non accoglie alcun ricorso inoltrato sulla base dell'art. 34, se: è anonimo; oppure b) è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di risoluzione e non contiene fatti nuovi. 3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso inoltrato in base all'art. 34 quando essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo».

[8] Si veda Corte EDU sentenza *Klass* del 6 settembre 1978.

[9] Cfr. sentenza *Silver* del 25 maggio 1983. Con riferimento all'Italia si vedano di recente le sentenze *F.L.* c. *Italia* del 20 dicembre 2001, sez. I e *Saggio* c. *Italia* del 25 ottobre 2001, sez. II, che accertano la violazione dell'art. 13.

[10] Sul punto cfr. A. PERTICI-R. ROMBOLI, *Sub art. 13*, cit., 398.

denza, imparzialità, ecc.) [11] hanno indotto la Corte di Strasburgo a derogare eccezionalmente alla regola del previo esaurimento dei ricorsi interni [12], come pure nei casi in cui all'interno dello Stato vi siano misure legislative o prassi contrarie alla Convenzione [13].

Dato che il diritto ad un ricorso effettivo implica il controllo dei requisiti dell'istanza nazionale, viene qui in rilievo, sebbene solo sotto il profilo processuale, anche l'art. 6, § 1; il diritto ad un processo equo ci occuperà in seguito con riferimento al diverso problema del diritto sostanziale ad un giudice, e ad un giudice giusto [14], sancito da tale norma, che insieme agli artt. 5, § 4 e 2 del Protocollo n. 7 [15], si pone in rapporto di specialità rispetto all'art. 13.

Ai fini della nostra ricerca resta da aggiungere che oggetto del ricorso possono essere sia atti privati che atti di organi che svolgono una pubblica funzione, e pertanto leggi, atti aventi forza di legge, provvedimenti amministrativi, ma anche sentenze dei giudici nazionali e non solo in caso di violazione del diritto ad un processo equo (sul punto si tornerà diffusamente nella seconda sezione).

Si ricordi, inoltre, che a livello sopranazionale, il vero presidio della effettività della garanzia dei diritti è ormai il ricorso individuale (art. 34) e non più quello interstatuale (*ex* art. 33). Il Protocollo n. 11 entrato in vigore nel novembre del 1998, eliminando il filtro del controllo statale al ricorso del singolo [16] ha, infatti, aperto al giudice europeo estese prospettive di intervento.

---

[11] Sui quali si tornerà nel § 1.4.

[12] Cfr. ad es. Commissione 26 maggio 1975, *Cipro* c. *Turchia*.

[13] Nella sentenza *Akdivar e altri* c. *Turchia* del 16 settembre 1996 si legge: «Secondo i princìpi di diritto internazionale generalmente riconosciuti talune circostanze particolari possono dispensare il ricorrente dall'obbligo di esaurire i ricorsi interni che gli si offrono (…). Tale regola non si applica quando sia provata l'esistenza di una pratica consistente nella ripetizione di atti vietati dalla Convenzione e dalla tolleranza ufficiale dello Stato, così da rendere vana o inefficace ogni procedura». Cfr. M. DE SALVIA, *Compendium*, cit., 323.

[14] Si veda il § 1.4.

[15] Il primo garantisce ad «ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha diritto di presentare un ricorso ad un tribunale»; l'art. 2 del Protocollo n. 7 garantisce invece il diritto ad un doppio grado di giudizio in materia penale.

[16] Per un commento sull'importante riforma si vedano A. BULTRINI, voce *Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., 2000, 148 ss.; U. LEANZA, *Il protocollo n.11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Jus*, 1999, 357 ss.; F. MATSCHER, *La nuova Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 217 ss.; B. NASCIMBENE, *La «nuova» Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studium juris*, 1999, 119 ss.

1.2. La verifica dell'avvenuto esperimento dei rimedi interni

Considerato che il principio di sussidiarietà impone la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni e precisati i criteri in base ai quali la giurisprudenza di Strasburgo fa applicazione della regola, resta da chiarire la questione del momento con riferimento al quale la Corte europea verifica l'avvenuto esperimento dei rimedi interni [e ciò indipendentemente dal fatto che essa possa respingere per irricevibilità i ricorsi presentati in ogni fase del procedimento (art. 35, § 4)].

Il punto assume rilievo in quanto tale momento funge da termine di delimitazione della competenza del giudice (o di altro operatore giuridico) interno e della Corte dei diritti.

Sebbene a rigor di logica possa apparire assurdo richiedere il previo esperimento di un rimedio inesistente nel momento in cui il ricorrente introduce il suo ricorso [17], la regola generale affermata fin da principio dalla giurisprudenza del giudice europeo fissa al momento della decisione sulla ricevibilità l'istante nel quale compiere tale verifica. Le ragioni di un simile orientamento risultano con chiarezza già nel caso *Ringeisen* c. *Austria* del 1971 (qui la questione verte sul momento in cui si conclude l'esperimento del rimedio interno e non già sulla sua mancanza) in cui si legge «*While it is fully upheld that the applicant is*, *as a rule*, *in duty bound to exercise the different remedies before he applies to the Commission*, *it must be left open to the Commission to accept the fact that the last stage of such remedies may be reached shortly after the loading of the application but before the Commission is called upon to pronounce itself on admissibilit*y» [18]. Nel caso *Fell* c. *Regno Unito* la regola viene ripetuta anche con riferimento al sopravvenire di un rimedio interno [19].

Soltanto di recente, nel caso *Baumann* c. *Francia* già citato, si assiste ad una inversione di rotta: la Corte «*rappelle que l'épuisement des voies de recours internes s'apprécie*, *sauf exceptions*, *à la date d'introduction de la requête devant la Cour*» [20].

---

[17] Ai sensi dell'art. 47, § 2 del regolamento della Corte un ricorso si considera introdotto alla data della prima comunicazione del ricorrente che espone, anche sommariamente, il contenuto delle proprie doglianze. La Corte può, tuttavia prendere in considerazione una data diversa.

[18] Del 16 luglio 1971, serie A, n. 13, 38, § 91.

[19] Decisione della Commissione del 19 marzo 1981, DR 23, 102, 112-113. Il ricorrente aveva adito la Corte prima che il diritto inglese introducesse la possibilità di impugnazione e di annullamento delle decisioni del *Board of visitors* in sede disciplinare, lamentando l'iniquità della procedura di fronte a tale organo. La Commissione dichiarava irricevibile il ricorso chiarendo che la questione del previo esaurimento dei rimedi interni dovesse «normalmente» essere decisa con riferimento alla situazione esistente alla data della decisione sulla ricevibilità.

[20] Cit. § 47. La Corte rigetta l'eccezione sollevata dal Governo francese del mancato esperimento delle vie di ricorso interne con riferimento all'azione di responsabilità diretta contro lo Stato fondata sull'art. L. 781-1 del codice sull'organizzazione giudiziaria.

Anche per quanto riguarda il momento dell'accertamento dell'esaurimento dei ricorsi interni, dunque, la Corte non si avvale di automatismi, ma valuta di volta in volta il da farsi a seconda delle circostanze del caso. Del resto, chi conosce la giurisprudenza del nostro giudice costituzionale sui requisiti della questione di legittimità costituzionale non si stupisce affatto di vedere «sacrificate» sull'altare delle peculiarità del singolo caso le regole che fungono da filtro rispetto al passaggio all'esame del merito. E sono proprio le circostanze concrete del caso che consentono di comprendere, come si dirà nel prossimo paragrafo, le decisioni di irricevibilità, per mancato esaurimento delle vie di ricorso interne, dei ricorsi italiani introdotti a Strasburgo ben prima dell'entrata in vigore della legge Pinto sull'equa riparazione per irragionevole durata del procedimento.

1.3. La l. n. 89 del 2001 (c.d. legge Pinto) e le interlocutorie decisioni di irricevibilità della Corte dei diritti

La vicenda interna che si va descrivendo offre un esempio emblematico della portata del principio di sussidiarietà tra i sistemi di protezione dei diritti garantiti dalla Convenzione, con riguardo, in particolare, proprio ai rapporti tra giudici nazionali e Corte di Strasburgo.

Con l'approvazione della l. 24 marzo 2001, n. 89 [recante norme di previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'art. 375 c.p.c. (c.d. legge Pinto dal nome del senatore che l'ha promossa)] [21] si è posto fine (almeno temporaneamente!) ad una storia che pareva davvero infinita e che ha registrato interventi di vari organi interni [22] e, a livel-

---

[21] Tra i primi commenti sulla legge si vedano in particolare C. Consolo, *Disciplina «municipale» della violazione del termine di ragionevole durata del processo: strategie e profili critici*, in *Corr. giur.*, n. 5/2001, 569-572; A. Didone, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto process*o, Milano, 2002; R. Martino, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo (legge 24 marzo 2001, n. 89)*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1068 ss.

[22] Sulle delibere del 17 settembre 1999 e del 7 luglio 2000 del Consiglio Superiore della Magistratura cfr. A. Bultrini, *Condanne dell'Italia per la durata eccessiva dei processi: prima timida reazione del C.S.M.*, in *Corr. giur.*, 2000, 251 e A. Saccucci, *In tema di durata ragionevole dei processi (a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura)*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 210.

La stessa Corte costituzionale fin dalla sent. n. 15 del 1982 aveva lamentato le lentezze giudiziarie, sollecitando il Parlamento ad intervenire con la necessaria riforma. Nello stesso senso cfr. ord. n. 464 del 1988 e, più di recente, con riferimento all'art. 111 Cost. nella sent. n. 78 del 2002 si sottolinea il valore della speditezza dei processi, nella motivazione si chiarisce che «La legge può provvedere (…) a questo scopo in modi diversi, purché ragionevolmente idonei, componendo l'interesse a garantire l'imparzialità del giudizio con i concorrenti interessi ad assicurare la speditezza dei processi (la cui «ragionevole durata» è oggetto, oltre che di un

lo europeo, del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa [23], della Commissione e della Corte europea stessa [24] volti ad arginare il fiume dei ricorsi italiani per violazione del diritto alla durata ragionevole del processo [25]. Il nostro sistema giudiziario, insomma, non è in grado di assicurare una giustizia tempestiva rispetto agli standard minimi offerti dagli altri Paesi europei, e, se come si dice «giustizia ritardata uguale giustizia negata», si comprende la grave preoccupazione che si è concentrata intorno al problema.

Dopo che tutti i rimedi *preventivi* posti in essere con le modifiche legislative approvate negli ultimi quindici anni sono risultati inefficaci per risolvere la drammatica situazione [26], la legge *de qua* rappresenta il primo «seguito» della giuri-

---

interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello ad un giudizio equo e imparziale, come oggi espressamente risulta dal dettato dell'art. 111, comma 2, Cost.) e la salvaguardia delle esigenze organizzative dell'apparato giudiziario».

[23] Con la risoluzione DH (97) 336 dell'11 luglio 1997 il Comitato osservava, con riferimento ai procedimenti civili in Italia, che «la lentezza eccessiva della giustizia costituisce un serio pericolo, in particolare per uno Stato di diritto». Sulla valutazione delle misure adottate dalle autorità italiane – a seguito delle risoluzioni interlocutorie del 15 luglio 1999 – si vedano le osservazioni, in *Corr. giur.*, n. 1/2001, 104.

[24] La Corte aveva in varie occasioni ribadito che «l'art. 6.1 della Convenzione obbliga gli Stati contraenti ad organizzare il loro sistema giudiziario in modo tale che i loro organi giurisdizionali siano in grado di conformarsi ai requisiti di tale disposizione» (sentenza *Salesi* c. *Italia* del 26 febbraio 1993) e nella sentenza *Di Mauro* c. *Italia* del 28 luglio 1999 chiariva: «La reiterazione delle violazioni constate dimostra che vi è un accumulo di inadempienze di identica natura e molto numerose perché si possa considerarle incidenti isolati. Tali inadempienze riflettono una situazione che perdura, alla quale non si è ancora rimediato e per la quale *i soggetti a giudizio non dispongono di nessuna via di ricorso interna. Tale accumulo di inadempienze è, pertanto, costitutivo di una prassi incompatibile con la Convenzione*» (cit. § 23. Mio il corsivo). Nello stesso senso anche le sentenze *Bottazzi* c. *Italia*, *Ferrari* c. *Italia* e *A.P.* c. *Italia* tutte del 28 luglio 1999. Sul tema si tornerà nella sezione quarta.

Si ricordi, inoltre, che le prime condanne dell'Italia *ex* art. 6, § 1 CEDU risalgono al 1982 per quanto riguarda un procedimento penale (sentenza *Foti* c. *Italia* e sentenza *Corigliano* c. *Italia* entrambe del 10 dicembre 1982), al 1987 per quanto riguarda un procedimento civile (sentenza *Capuano* c. *Italia* del 25 giugno 1987).

[25] Per avere un'idea delle cifre si pensi che nel 2000 i ricorsi italiani pendenti a Strasburgo erano oltre 10000.

[26] Lo stesso art. 1 della l. n. 89, sostituendo il testo dell'art. 375 c.p.c., introduce nel giudizio di Cassazione a fini acceleratori quelle decisioni immediate e di pronta formulazione sperimentate nel processo amministrativo con la l. n. 205 del 2000.

Tra gli altri rimedi preventivi si ricordano anche: la l. 24 novembre 1999, n. 468 recante modifiche alla l. n. 374 del 1991 sull'istituzione del giudice di pace e contenente delega al Governo in materia di competenza penale del giudice di pace; il conseguente d.lgs. 28 agosto 2000 sulla competenza penale del giudice di pace; il d.l. 18 novembre 1995, n. 432 recante interventi urgenti sul processo civile e sulla disciplina transitoria della l. n. 353 del 1990, convertito in l. 20 dicembre 1995, n. 534; la l. 27 luglio 1997, n. 276; la l. 21 luglio 2000, n. 205 di riforma del processo amministrativo.

sprudenza inaugurata col caso *Kudla* c. *Polonia*, in cui la Corte precisava che il diritto di ciascuno a vedere la propria causa giudicata entro un termine ragionevole è meno effettivo se non esiste alcuna possibilità di adire preliminarmente un'autorità nazionale (§ 152), e nel caso di specie dichiarava pure l'avvenuta violazione dell'art. 13 a causa dell'assenza, nel diritto polacco, di un rimedio che permettesse al ricorrente di ottenere il riconoscimento del suo diritto a vedere la propria causa decisa entro un termine ragionevole (§§ 132-160) [27]. (Ci si soffermerà nel § 2.3 sulla portata di questa affermazione).

La legge Pinto, al capo II, introduce nel nostro ordinamento proprio un simile rimedio.

Il legislatore ha previsto la possibilità di far valere davanti ad un giudice nazionale il proprio diritto ad avere giustizia in un tempo ragionevole; si tratta evidentemente di un rimedio avente natura riparatoria, che proprio in quanto tale non ha come obiettivo la rimozione delle cause della disfunzione del sistema giudiziario, e che non trova riscontri in nessun altro ordinamento europeo [28].

L'adozione di questo strumento si è resa necessaria al fine di evitare la sanzione della sospensione dal diritto di voto, minacciata da Strasburgo [29]; infatti, sebbene le numerose condanne per lungaggini processuali coinvolgessero anche altri Paesi, il caso italiano [30] rappresentava per l'organo di giustizia europeo un vero e proprio pericolo di stallo dei propri lavori con riguardo alle altre violazioni della Convenzione [31].

Ci si è diffusi sulla ricostruzione storica della vicenda, perché è alla luce di una «ragion pratica» che possono leggersi le decisioni di irricevibilità dei ricorsi *ex*

Per un quadro degli interventi legislativi sino al 1998 si scorra il capitolo intitolato «*Incidences des arrets ou des affaires 1959-199*8» disponibile sul sito della Corte di Strasburgo.

[27] Sent. del 26 ottobre 2000 (Grande Camera), in *Corr. giur.*, n. 3/2001.

[28] In Spagna il tribunale costituzionale può ingiungere al giudice di decidere speditamente; in Austria sulla base dell'art. 91 del Codice dell'organizzazione giudiziaria lo può fare l'autorità «sovraordinata» su richiesta del cittadino, la Francia prevede il risarcimento per cattivo funzionamento della giustizia: così M. DE SALVIA, *Giustizia rapida*, *giustizia indipendente*, *giustizia imparziale*, in *Oltre la legge Pinto: dopo l'equa riparazione i rimedi per i tempi della giustizia*, Atti del Convegno di Milano del 15 marzo 2002, in corso di pubblicazione.

[29] Sul punto G. CONSO, *La legge Pinto: passo ineluttabile anche se certamente non decisivo*, in *I diritti dell'uomo*, fascicolo monografico dedicato a *Equa riparazione per la durata irragionevole del processo*, 2001, 23 ss., spec. 24.

[30] Già all'apertura dell'anno giudiziario 2000 nella relazione del Procuratore generale presso la Corte di cassazione si leggeva che dopo l'entrata in vigore del prot. n. 11 (1 novembre 1998) l'Italia collezionava soltanto negli ultimi due mesi del 1998 ben 37 condanne per l'eccessiva lunghezza dei processi e nel 1999 il numero decuplicava toccando oltre 300 condanne.

[31] Proprio nella decisione *Brusco* c. *Italia*, di cui si dirà nel testo poco oltre, si legge: «*Cette situation risquait*, *à long terme*, *d'affecter le fonctionnement*, *tant au plan national qu'au plan international*, *du système de protection des droits de l'homme érigé par la Convention*».

art. 6, § 1, depositati a Strasburgo ben prima dell'entrata in vigore delle legge Pinto (18 aprile 2001), ma non ancora registrati definitivamente [32]. Con la prima dichiarazione di irricevibilità per mancato esperimento dei rimedi interni ai sensi dell'art. 35, nel caso *Brusco* c. *Italia*, la Corte ha dato un segnale forte della sua volontà di scrollarsi di dosso il problema italiano (e dopo che erano caduti nel vuoto più completo gli inviti informali a trasferire la vertenza in sede nazionale rivolti ai firmatari dei ricorsi pendenti), osservando che proprio il principio di sussidiarietà rendeva necessario che i ricorsi venissero istruiti in primo luogo da un'istanza interna dello Stato italiano [33].

La motivazione della decisione ruota intorno all'interpretazione della norma transitoria della legge, che consente entro sei mesi (termine prorogato con successivo decreto-legge a dodici mesi [34]) il trasferimento in sede nazionale del ricorso nel caso in cui esso sia già stato presentato, ma non ancora dichiarato ricevibile, dinanzi al giudice europeo [35]. Dopo aver ricordato la sua giurisprudenza sull'art. 35, § 1 la Corte osserva che il ricorso alla Corte d'appello è *accessibile* anche al ricorrente che aveva presentato il ricorso prima dell'entrata in vigore della legge n. 89, grazie all'art. 6 della stessa, e anche *efficac*e, dato che nulla permette di escludere che esso sia idoneo a portare rimedio alla sua doglianza. Quanto alla regola in base alla quale l'esaurimento dei ricorsi interni si valuta normalmente alla data di introduzione del ricorso, il giudice di Strasburgo ricorda che può subire eccezioni, quando, come nel caso di specie, ricorrano circostanze particolari: la quantità di condanne e di ricorsi, appunto.

---

[32] Sul pragmatismo che ha mosso la Corte a detrimento della persuasività del ragionamento giuridico alla base delle decisioni di irricevibilità si veda B. CONFORTI, *La legge Pinto vista da Strasburgo*, in «*Oltre la legge Pinto: dopo l'equa riparazione i rimedi per i tempi della giustizia*, cit.

[33] Corte sez. II, decisione 6 settembre 2001 ricorso *Brusco* c. *Italia* n. 69789/01, in *Corr. giur.*, n. 11/2001, 1522.

Per un ampio commento si veda A. TAMIETTI, *Prima pronuncia della Corte europea sulla legge Pinto: la decisone Brusco* c. *Italia*, in *I diritti dell'uomo*, n. 1/2001, 45-55.

Nello stesso senso si vedano anche le altre decisioni di irricevibilità: *Di Cola e altri*, ricorso n. 44897/98, dell'11 ottobre 2001, *Giacometti e altri*, ricorso 34939/97 dell'8 novembre 2001; *Colacrai*, ricorso 63296/00, del 29 novembre 2001; *La Rosa e altri*, ricorsi 63285/00 e 63238/00, del 10 gennaio 2002; *Ceretti*, ricorso n. 42948/98, del 17 gennaio 2002.

[34] Si tratta del d.l. 12 ottobre 2001, n. 370, in *G.U.* del 15 ottobre 2001.

[35] L'art. 6, al comma 1, recita: «Nel termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, coloro i quali abbiano già tempestivamente presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 6, § 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della l. 4 agosto 1955, n. 848, *possono* presentare la domanda di cui all'art. 3 della presente legge qualora non sia intervenuta una decisione sulla ricevibilità da parte della predetta Corte europea. In tal caso, il ricorso alla Corte d'appello deve contenere l'indicazione della data di presentazione del ricorso alla predetta Corte europea» (corsivo mio).

La scelta della Corte europea, sebbene comprensibile sul piano «politico», non appare del tutto condivisibile quanto alle argomentazioni giuridiche [36]: anzitutto per riferimento alla verifica dell'efficacia del rimedio che, proprio in considerazione della pratica contraria alla Convenzione invalsa in Italia (come affermato nei casi *Di Mauro*, *Bottazzi*, *Ferrari*, ecc.) [37], avrebbe dovuto quanto meno indurla a maggiore prudenza, aspettando di valutare i primi risultati in riferimento ai nuovi ricorsi, senza contare che i ricorsi introdotti a Strasburgo giacevano già da tempo (anche un paio d'anni) in attesa di registrazione definitiva. Inoltre l'art. 6 della legge non obbliga al trasferimento dei ricorsi già tempestivamente presentati a Strasburgo, ma si limita a renderlo possibile [38]: il giudice europeo, quindi, dà un'interpretazione «opportunistica», e decisamente opinabile, della norma interna, obbligando i ricorrenti ad un trasferimento che, oltre all'incertezza derivante dalla sfiducia nel funzionamento del sistema giuridico interno, comporta comunque un ulteriore aggravio di tempi.

Sulla legge Pinto si tornerà nella quarta sezione della presente ricerca per l'esame del merito delle prime decisioni dei giudici nazionali e la comparazione con i criteri elaborati dalla giurisprudenza europea.

Il caso sottolinea bene quanto possa essere labile il confine tra la prima istanza di tutela (nazionale) e la seconda (a livello europeo).

1.4. Il diritto al giudice dal punto di vista sostanziale e la tutelabilità delle situazioni soggettive non giustiziabili in Italia

Rispetto al tema concernente le mere condizioni processuali di accesso alla Corte di Strasburgo sin qui trattato, diversa è la questione della portata e dei limiti, nel sistema della Convenzione europea, del c.d. diritto al giudice, dal punto di vista sostanziale. Non vi è coincidenza, infatti, tra ambito di applicazione dell'art. 6 e dell'art. 13 (con l'art. 35) della CEDU: il rimedio interno davanti ad un'istanza nazionale (*ex* art. 13), come si è detto, può infatti avere anche natura amministrativa e ciò nonostante che il ricorso ad un'autorità giurisdizionale offra di gran lunga le garanzie maggiori di effettività della tutela dei diritti.

Venendo ora all'esame dell'art. 6, § 1, si osservi come la Corte europea abbia dato un'intonazione particolare a ciascuna delle espressioni che ne costituiscono il testo: sostiene anzitutto che il diritto di accesso ad un tribunale non è un diritto assoluto, ma vale solo per le controversie sui diritti e doveri di carattere civile e per la verifica della fondatezza di ogni accusa penale. Esso richiede una regola-

---

[36] In senso contrario si veda A. Tamietti, *Prima pronuncia*, cit., spec. 53 ss.

[37] Già citati *supra* alla nota n. 24.

[38] Si veda *supra* la nota n. 35.

mentazione da parte dello Stato, che può variare a seconda delle necessità e delle risorse della collettività e degli individui. In ogni caso, la Corte si riserva di decidere in ultima istanza se le limitazioni apposte non restringano a tal punto l'accesso da far considerare pregiudicato il diritto nella sua stessa sostanza [39-40]. La nozione di «tribunale» che assume il giudice di Strasburgo non è formale, non comprende cioè solo una giurisdizione di tipo classico, ma richiede che siano comunque rispettate le garanzie dell'art. 6, § 1: deve trattarsi di un organo indipendente dall'esecutivo e dalle parti in causa [41], che decide ogni questione rientrante

---

[39] In tal senso si vedano ad es. sentenza *Bellet* § 31; sentenza *Stubbings* e altri § 50; sentenza *Philis* § 59.

[40] Con riferimento all'Italia è interessante segnalare Comm. Europea dei diritti dell'uomo – Prima camera 21 maggio 1997: ricorso n. 26426/95 *S.B.F. s.p.a.* c. *Italia*, sul termine annuale per la dichiarazione di fallimento di chi ha cessato l'impresa (art. 10 l. fall.), in *Il fallimento*, n. 8/1998, 771 ss. con nota di S. GRANATA-F.A. GENOVESE, *Il diritto di accesso ad un tribunale e l'art. 10 L.F.*, *ivi*, 773-775. La ricorrente lamenta (*ex* art. 6, § 1 CEDU) che non si sarebbe statuito sulla sua causa entro un termine ragionevole e la violazione del diritto ad avere accesso ad un tribunale (termine di un anno per la dichiarazione di fallimento). La Commissione conclude nel senso che vi è stata violazione del diritto di accesso ad un tribunale e reputa assorbita la questione del termine ragionevole. La Commissione ricorda anzitutto come il diritto di accesso ad un tribunale sia un elemento costitutivo del diritto ad un processo equo (sent. *Deweer* c. *Belgio* del 27 febbraio 1980, serie A, n. 35, p. 25, § 49) e che la Convenzione prescrive che l'individuo usufruisca di un accesso effettivo alla giustizia (sent. *Airey* c. *Irlanda* del 9 ottobre 1979, Serie A, n. 32, pp. 14-15, § 26). In riferimento al caso di specie constata che la fissazione di un termine annuale per pronunciare il fallimento di una persona che ha cessato l'esercizio della sua impresa può essere considerato come una regolamentazione dell'accesso dei ricorrenti ad una giurisdizione competente ad esaminare un ricorso a condizione che persegua, come appare nel caso di specie, lo scopo di assicurare una buona amministrazione della giustizia. Tuttavia dato che a causa di ritardi il tribunale, pur tempestivamente adito, non ha potuto pronunciarsi sull'istanza di fallimento nel termine annuale la ricorrente ha perso la possibilità di recuperare il proprio credito per via giudiziaria e pertanto non ha beneficiato del suo diritto di accesso ad un tribunale garantito dall'art. 6, § 1, CEDU.

[41] La giurisprudenza europea in tema di indipendenza ed imparzialità e la relativa letteratura sono ricchissime, ci si limita qui a rinviare per maggiori indicazioni a M. CHIAVARIO, *Sub art. 6*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., spec. 177 ss. e a M. DE SALVIA, *Compendium*, cit., 163-175.

Per un quadro comparato della giurisprudenza europea, comunitaria e costituzionale sul punto si rinvia a M. D'AMICO, *Sub art. 47. Diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO, Bologna, 2001, 319 ss. Riguardo all'art. 47 della Carta dei diritti si veda anche R. ROMBOLI, *Il diritto al giudice «giusto» nell'art. 47 della Carta*, in *Atti della giornata di studio su «Giustizia e Carta dei diritti»* svoltasi in Milano, il 4 febbraio 2002, in corso di pubblicazione. Con riferimento al nostro Paese si veda da ultimo N. ZANON-F. BIONDI, *Diritto costituzionale dell'ordine giudiziario*, Milano, 2002, 31 ss. con ampi riferimenti alla giurisprudenza costituzionale. Si aggiunge la sent. n. 78 del 2002 con la quale la Corte costituzionale, dichiarando infondata la questione riferibile all'art. 53, comma 1, c.p.c., relativa alla attribuzione della competenza a decidere sulla ricusazione di un giudice del tribunale

nella sua competenza, sulla base di norme di diritto e alla fine di un procedimento organizzato [42].

Quanto alle controversie civili, poi, la Corte ha chiarito di fare riferimento ad una nozione autonoma rispetto a quella del diritto interno dello Stato convenuto, nozione indipendente dalla qualità delle parti (privata o pubblica) e dalla natura della legge (civile, commerciale, amministrativa, ecc.) [43]; il carattere patrimoniale del diritto è invece determinante, e quindi prevale sull'origine della controversia [44].

---

o della Corte d'appello al medesimo collegio cui appartiene il ricusato, precisa che «il diritto ad un giudizio equo ed imparziale, implicito nel nucleo essenziale del diritto alla tutela giudiziaria di cui all'art. 24 Cost., ed oggi espressamente sancito dall'art. 111, comma 2, della stessa Costituzione, sulla falsariga dell'art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, comporta certamente che la decisione sulla istanza di ricusazione di un giudice – diretta appunto a far valere concretamente quel diritto – sia assunta da un organo e secondo procedure che assicurino a loro volta l'imparzialità del giudizio. La legge può provvedere (come in effetti provvede) a questo scopo in modi diversi, purché ragionevolmente idonei, componendo l'interesse a garantire l'imparzialità del giudizio con i concorrenti interessi ad assicurare la speditezza dei processi (la cui "ragionevole durata" è oggetto, oltre che di un interesse collettivo, di un diritto di tutte le parti, costituzionalmente tutelato non meno di quello ad un giudizio equo e imparziale, come oggi espressamente risulta dal dettato dell'art. 111, comma 2, Cost.) e la salvaguardia delle esigenze organizzative dell'apparato giudiziario. Ciò che non potrebbe comunque ammettersi è che la decisione sulla ricusazione sia rimessa allo stesso magistrato ricusato, o ad un collegio di cui egli faccia parte anche ai fini di tale decisione. Per questo l'attribuzione – disposta dalla norma impugnata – della competenza a decidere al "collegio", nel caso in cui sia ricusato un giudice del tribunale o della Corte d'appello in sede civile, non può che intendersi, secondo una interpretazione conforme a Costituzione – d'altronde costantemente adottata dalla giurisprudenza –, come attribuzione ad un collegio di cui continuano a far parte solo i componenti diversi da quello o da quelli ricusati. Ma una volta garantito questo "minimo", non può ritenersi costituzionalmente necessaria una specifica disciplina, fra quelle prescelte o che possono essere prescelte dal legislatore».

Si segnala, infine, una decisione della Corte europea che può inserirsi nella discussione sulla necessità di meglio garantire l'indipendenza del nostro Consiglio di Stato: si tratta della sentenza sul caso *Procola* c. *Lussemburgo* 28 settembre 1995 in cui il giudice di Strasburgo ha precisato che l'esercizio della funzione consultiva e giudiziaria sulla stessa materia è tale da mettere in discussione l'imparzialità strutturale del Consiglio di Stato come giudice. Nel caso di specie, infatti, quattro consiglieri su cinque facevano parte del Consiglio di Stato giudicante dopo essere stati nella sezione consultiva dello stesso che aveva dato un parere sul regolamento e redatto il progetto di legge che lo rendeva retroattivo. Il TAR Lombardia, sez. III, ord. 7 febbraio 2000, n. 30 ha rimesso una questione di costituzionalità di contenuto analogo alla Corte costituzionale: sul punto si veda *infra* il § 2.5.

[42] In tal senso le sentenze *Demicoli* § 39; *Rolf Gustafson* § 45; *Sramek* § 36. Si vedano di recente anche Corte EDU 27 febbraio 2001 (sez. I) *Lucà* c. *Italia*, in *Corr. giur.*, n. 7/2001, 938; Corte EDU 26 ottobre 2000 (sez. II – sent. definitiva il 4 aprile 2001) *Leoni* c. *Italia*, *ibidem*, 940.

[43] Cfr. *ex pluribus* sent. Georgiadis § 34. In dottrina si veda A. TAMIETTI, *La nozione di diritti ed obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Documenti giustizia*, 2000, 1-2, 118 ss.

[44] Ad esempio con riguardo al contenzioso disciplinare, al pubblico impiego, ecc. Si vedano *Corte*, *Procola*, § 38 e *Corte Raimondo* § 43 citati da M. DE SALVIA, *Compendium*, cit., 118.

Il giudice europeo opta per una concezione sostanziale anche dell'accusa penale, in particolare con riguardo alla distinzione tra illecito penale e disciplinare, e fissa tre criteri di riconoscimento: la qualificazione del diritto nazionale, la natura del reato, la natura e la soglia di gravità della sanzione [45].

Dunque la giurisprudenza ha giocato un ruolo determinante nella delimitazione e nell'ampliamento della portata del diritto *de quo;* tuttavia ha lasciato ancora spazi vuoti di tutela, come nei casi in cui viene in rilievo la vasta categoria delle immunità, mediante le quali lo Stato sottrae alla garanzia dell'art. 6 i diritti nei confronti di determinati soggetti [46], oltre alle ipotesi in cui la Corte considera prevalente l'elemento pubblicistico del rapporto controverso, come ad esempio nel campo fiscale.

Un problema di vuoto di tutela in materia di diritti politici emerge, tra l'altro, dalla decisione sul caso *Ricci* c. *Italia* del gennaio 1998, in cui la Commissione europea (si badi: non la Corte) ha dichiarato inammissibile il ricorso di un elettore italiano a tutela del proprio diritto ad un giudice terzo ed imparziale per la decisione sul reclamo avverso elezioni svoltesi in modo ritenuto non regolare [47], ritenendo che tale diritto, in quanto politico, esuli dall'ambito di applicazione dell'art. 6, § 1 [48]. Il ricorrente lamentava di non poter ottenere il riesame della decisione della Giunta delle elezioni per la Camera dei deputati sulla legittimità della elezione di un deputato, dato che l'art. 66 della Costituzione italiana e l'art. 87 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361, escludono ogni ricorso giurisdizionale in questa materia. La motivazione della Commissione, giustamente criticata per la sua sbrigatività [49], appare poco comprensibile, se si ricorda che in varie occasioni il giudice europeo aveva precisato che l'art. 6, § 1 è applicabile alle controversie su diritti riconosciuti dal diritto interno anche se non necessariamente tutelati dalla Convenzione [50]. Infatti il «diritto al giudice» garantito dall'art. 6 è un diritto autonomo e non solo strumentale rispetto agli altri diritti protetti dalla Convenzione: esso dunque dovrebbe riguardare la

---

[45] Sentenze *Engel e altri* § 81; *Campbell e Fell* § 68.

[46] Si veda Corte EDU sent. 8 ottobre 1998, *Osman* c. *Regno Unito* § 147; per approfondimenti si veda M. CHIAVARIO, *Sub art. 6 CEDU*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 175.

[47] Si trattava dell'elezione nel 1994 dell'on. Berlusconi per il quale, secondo il ricorrente, sarebbe ricorsa una condizione di ineleggibilità in quanto proprietario di fatto delle reti Fininvest (ora Mediaset).

[48] Corte EDU decisione del 9 gennaio 1998; *Ricci* c. *Repubblica Italiana*, in *Foro it.*, 1998, IV, 306-309.

[49] Si vedano A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2001, 1-32, spec. 3-5 e A. PERTICI, *Spunti per una migliore regolamentazione ed una più completa trasparenza delle cause di ineleggibilità e delle situazioni di conflitto d'interessi*, in *Foro it.*, 1998, IV, 309-317.

[50] Si vedano in tal senso ad es. le sentenze *Acquaviva* § 46, *Zander* § 22; *W.* c. *Regno Unito* § 73; *Neves e Silva* § 37; *Allan Jacobsson*, § 66; *Pudas*, § 30.

protezione giudiziaria di qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta di diritto sostanziale.

Così è, infatti, nell'ordinamento italiano per il diritto alla tutela giudiziaria garantito dall'art. 24 Cost. La giurisprudenza costituzionale ha sottolineato in varie occasioni (già prima dell'introduzione del nuovo art. 111 Cost.) come «al riconoscimento della titolarità di diritti non può non accompagnarsi il riconoscimento del potere di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale. Il principio di assolutezza, inviolabilità e universalità della tutela giurisdizionale dei diritti esclude infatti che possano esservi posizioni giuridiche di diritto sostanziale senza che vi sia una giurisdizione innanzi alla quale esse possano essere fatte valere (sent. n. 212 del 1997). L'azione in giudizio per la difesa dei propri diritti, d'altronde, è essa stessa il contenuto di un diritto, protetto dagli artt. 24 e 113 Cost. e da annoverarsi tra quelli inviolabili, riconducibili all'art. 2 Cost. (sent. n. 98 del 1965) e caratterizzanti lo stato democratico di diritto (sent. n. 18 del 1982): un diritto che non si lascia ridurre alla mera possibilità di proporre istanze o sollecitazioni, foss'anche ad autorità appartenenti all'ordine giudiziario, destinate a una trattazione fuori delle garanzie procedimentali minime costituzionalmente dovute, quali la possibilità del contraddittorio, la stabilità della decisione e l'impugnabilità con ricorso per cassazione»[51].

Si può tuttavia osservare come la stessa Corte costituzionale si sia a sua volta «ritratta» in un giudizio di costituzionalità avente ad oggetto una questione, analoga nella sostanza a quella portata nel 1998 all'attenzione della Commissione, che toccava il tema dei giudizi in materia elettorale politica. Il TAR del Lazio sollevava, infatti, questione di costituzionalità degli artt. 16, comma 4, e 87 del d.p.r. 30 marzo 1957, n. 361 (T.U. leggi recanti norme per l'elezione della camera dei deputati) in riferimento agli artt. 24, 66 e 113 Cost., partendo da una duplice premessa: dovendo da un lato «escludersi che l'Ufficio centrale nazionale, pur se composto da magistrati, e la Camera dei deputati, in sede di valutazione dei titoli di ammissione dei propri componenti, siano organi giurisdizionali e dall'altro che, ove si escludano gli atti e i rapporti di natura politica e costituzionale, non dovrebbero esservene altri nell'ordinamento e, soprattutto nel procedimento elettorale, la cui legittimità non possa essere verificata da un giudice». Con ord. n. 512 del 2000 il giudice costituzionale dichiarava la manifesta inammissibilità della questione, considerato che il giudice *a quo* non aveva indicato la giurisdizione alla quale avrebbe dovuto essere devoluta la cognizione delle controversie in esame, né le norme procedimentali concernenti i tempi e i modi della invocata tutela giurisdizionale. In sostanza, secondo la Corte, il giudice sollecitava una radicale riforma legislativa, che eccedeva i compiti della Corte stessa.

---

[51] Così Corte cost., sent. n. 26 del 1999, al § 3.1 del considerato in diritto, in *Giur. cost.*, 1999, cit., 183; con nota di S. BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, *ivi*, 190 ss.

La motivazione si commenta da sola: è la classica espressione di quell'atteggiamento di *self restraint* al quale il nostro giudice delle leggi spesso ricorre quando vuole «liberarsi» di una questione.

Sembra esserci, dunque, un vuoto di tutela all'interno non colmato neppure a livello internazionale.

Credo, tuttavia, che quella di Strasburgo rappresenti ancora una buona strada da ripercorrere nello stesso modo proposto nel caso *Ricci*, e cioè facendo valere la violazione del diritto ad un giudice terzo ed imparziale (art. 6, § 1), indipendentemente dalla posizione subiettiva che si riconosca a chi intende far valere il diritto alla regolarità delle elezioni [52]. Le prospettive aperte dalle modifiche apportate al sistema della Convenzione dal Protocollo n. 11 sono segnali inequivocabili di un rafforzamento in senso giurisdizionale del sistema di protezione dei diritti nella Convenzione; sono scomparsi sia la Commissione che il filtro statale per il ricorso individuale, che erano elementi portatori di una sorta di «discrezionalità politica» nel controllo sovranazionale in materia di diritti [53]. Non credo, perciò, che la nuova Corte europea possa eccepire ancora l'inapplicabilità dell'art. 6, § 1, facendo valere una lettura restrittiva come quella accolta dalla Commissione nel caso *Ricci*, anche in considerazione dell'assolutezza con la quale è garantita la tutela giurisdizionale dei diritti, di tutti i diritti, in Italia.

A percorrere la via dell'art. 13 (carenza di un rimedio interno effettivo) in rapporto all'art. 3 del Protocollo n. 1 (diritto a libere elezioni), come autorevolmente è stato proposto in dottrina sulla scia della famosa sent. del 18 febbraio 1999 sul caso *Matthews* vs. *United Kingdom* [54], si rischia invece, mi pare, di confondere il piano sostanziale e quello processuale del diritto ad un ricorso, e si resta ancorati alle sole situazioni giuridiche subiettive espressamente garantite dalla Convenzione: resterebbero comunque escluse altre ipotesi, diverse da quella sui diritti politici, alle quali il nostro ordinamento non garantisca giustiziabilità, e il ricorso alla Corte europea sia impedito dall'assenza di una norma pattizia specifica. Si aprirebbe, inoltre, la questione relativa all'idoneità del ricorso interno davanti alla Giunta a rispondere ai requisiti fissati da Strasburgo, dato che una certa procedimentalizzazione e la garanzia del contraddittorio sembrano ormai am-

---

[52] Non rileva ai nostri fini che si tratti di un diritto o di un mero interesse legittimo: l'ordinamento garantisce ad ogni elettore un'azione popolare accordata nell'interesse generale all'osservanza della legge.

[53] Per osservazioni sul nesso tra il processo di internazionalizzazione dei diritti ed il diritto all'effettività della tutela giurisdizionale si veda V. ONIDA, *Relazione*, in *Atti del Convegno in onore di P. Barile*, Firenze, luglio 2001, in corso di pubblicazione. Quanto al volto della «nuova» Corte si rinvia *supra* nota n. 16.

[54] Cfr. A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., 4-5. Sull'art. 3 del Protocollo n. 1 si vedano C. PINELLI, *Sub art. 3 prot. n. 1. Diritto a libere elezioni*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 845 ss. e in particolare (sui più recenti orientamenti della Corte) 854-858 e J. DE MEYER, *Electoral Rights*, in R.ST.J. MACDONALD-H. MATSCHER-F. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, cit., 553 ss.

messi[55], certo si dovrebbe insistere sul fatto che l'organo politico ai fini della decisione non fa applicazione di regole precostituite.

Un'altra questione merita di essere almeno accennata in questa sede, riguarda l'ammissibilità del ricorso alla Corte dei diritti nel caso in cui un giudice italiano di ultima istanza non rimetta una questione pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo, mancando, nel nostro ordinamento il ricorso diretto alla Corte costituzionale[56]; secondo la giurisprudenza di Strasburgo il rifiuto del giudice nazionale di adire la Corte di giustizia viola il diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6, § 1 se il rifiuto appare «*comme entaché arbitraire*»[57].

Non ci si nasconde, tuttavia, che i due articoli, il 13 e il 6, § 1, pur concettualmente distinti, sul piano pratico tenderanno lentamente e forse naturalmente sempre più a sovrapporsi: l'inserimento dei loro contenuti nel medesimo articolo, il 47, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sotto il titolo «diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale» sembra convalidare questa tesi.

Sezione II – L'efficacia interna delle decisioni della Corte EDU

2.1. Premessa

Il diritto al giudice, trattato in conclusione alla precedente sezione, consente di introdurci immediatamente in questa, considerando che la stessa giurisprudenza europea ha sottolineato come tale diritto «sarebbe illusorio se l'ordinamento di uno Stato contraente permettesse che una decisione giudiziaria definitiva ed obbligatoria resti inefficace a detrimento di una parte. (…) L'esecuzione di una decisione o di una sentenza, di qualsivoglia giurisdizione, deve dunque essere considerata parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6»[58]. (Nello stes-

---

[55] Il Regolamento della Giunta delle elezioni della Camera (approvato il 6 ottobre 1998 ai sensi dell'art. 17, comma 2, Reg. Cam.) dedica il Capo II al procedimento per la verifica dei risultati elettorali, prevedendo, tra l'altro, l'accesso alle schede e ai documenti (art. 11), il contraddittorio tra le parti (art. 12) e la pubblicità della seduta (art. 13). Analoghe anche le disposizioni regolamentari per la verifica dei poteri del Senato approvate il 23 gennaio 1992.

[56] Sul punto si veda *infra*, § 5.2.

[57] Si vedano Comm. EDU soc. *Divagsa* c. *Spagna* del 12 maggio 1993, e *Friz et Nana S.* c. *France* del 28 giugno 1993. Più diffusamente sui rapporti tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo cfr. D. Simon, *Des influences réciproque entre CJCE et CEDH:* «*je t'aime*, *moi non plus*»*?*, in *Pouvoir*, n. 96/2001, 31 ss.

[58] Così Corte, caso *Hornsby*, § 40.

so senso si è espresso anche il nostro giudice costituzionale [59]). Dunque anche se evidentemente il riferimento diretto non è alla giurisdizione europea, il rafforzamento in senso giurisdizionale del controllo della Corte dei diritti sulla base del Protocollo n. 11 ha reso e renderà ancora più attuale la questione degli strumenti di esecuzione delle decisioni di Strasburgo di cui i singoli ordinamenti devono dotarsi.

Sul tema la dottrina è piuttosto latitante, soprattutto in Italia [60]: esso è stato di frequente «assorbito» in quello relativo all'immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione, e ridotto al solo profilo concernente l'applicabilità della relativa giurisprudenza.

La questione, si vedrà, è senza dubbio più articolata; facendo scorrere l'elenco delle sole misure generali seguite alle decisioni di Strasburgo ci si rende conto della loro profonda incidenza sugli ordinamenti dei Paesi membri [61].

Non essendo possibile analizzare in questa sede i diversi aspetti che pure meriterebbero spazio [62], ci si limiterà ad affrontare le conseguenze dei più recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali sul tema con riguardo alla posizione del giudice e al giudicato.

L'art. 41 della Convenzione stabilisce che, «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Una sentenza di condanna fa nascere, dunque, in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa (obbligo di *restitutio in integrum*); solo in seconda bat-

---

[59] Si veda ad esempio Corte cost., sent. n. 415 del 1995, in *Giur. cost.*, 1995, 3158.

[60] E sebbene i contributi rinvenuti siano interessanti, essi non si spingono mai ad esaminare *funditus* il tema. Si vedano M. GERBINO, *Considerazioni sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. eur.*, 1963, 19 ss.; F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 55 ss.; P. PIRRONE, *Il caso* Papamichalopoulos *dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo:* restitutio in integrum *ed equa soddisfazione*, in *Riv. dir. int.*, 1997, 152 ss.; G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, 428 ss., spec. 433-434; A. BULTRINI, voce *Corte*, cit.; G. GRECO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 25 ss. (spec. § 6); A. DRZEMCZEWSKY, *Sub art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 685-694; F. SUNDBERG, *Sub art. 41. Equa soddisfazion*e, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 661-671.

[61] L'elenco è disponibile sul sito ufficiale della Corte europea e comprende le decisioni e i casi trattati dal 1959 al 1998.

[62] Per un'ampia trattazione della problematica si rinvia a E. LAMBERT, *Les effects des arrêts de la Cour européenne des droit de l'homme*, Bruxelles, 1999. L'Autrice esamina il tema sia sotto il profilo teorico, sia proponendo puntuali riferimenti alla prassi degli ordinamenti dei Paesi aderenti alla Convenzione.

tuta la violazione darà diritto al risarcimento eventualmente riconosciuto dal giudice europeo a titolo di equa soddisfazione: sembra realizzarsi così una sorta di sussidiarietà anche sul piano delle conseguenze della sentenza della giurisdizione sovranazionale.

Una recente pronuncia della Corte in tema di minori (sulla quale si tornerà nel prossimo paragrafo) precisa così la portata dell'art. 46, § 1: «*L'Etat défendeur, reconnu responsable d'une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées a titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences (cfr.* mutatis mutandis*, l'arrêt Papamichalopoulos et autres* c. *Grèce du 31 octobre 1995 (article 50) série A n. 330-B, pp. 58-59, § 34). Il est entendu en outre que l'Etat défendeur reste libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyen de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour*» [63].

Per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertata violazione, le autorità nazionali dovrebbero dunque stabilire misure idonee, individuali o generali, a seconda dell'atto statale che ha determinato tale violazione. La Corte ha in varie occasioni ribadito la propria incompetenza ad indicare agli Stati misure riparatorie specifiche [64]. Quanto all'equa soddisfazione è sufficiente, ai nostri fini, ricordare che si tratta in genere di una riparazione in forma pecuniaria, commisurata al danno morale, materiale e alle spese e gli onorari sostenuti dal ricorrente [65], anche se in taluni casi la Corte ritiene sufficiente a tale scopo la constatazione dell'avvenuta violazione [66].

Sull'impegno, che gli Stati si sono assunti, *ex* art. 46, § 1, di conformarsi alle sentenze definitive [67] della Corte vigila il Comitato dei Ministri cui è attribuita ap-

---

[63] *Scozzari e Giunta* c. *Italia* 13 luglio 2000, § 249.

[64] Cfr. *ex multis Guerra e altre* c. *Italia*. In dottrina si è auspicato il superamento di questo atteggiamento di *self restraint* sia della Corte che del Comitato, soprattutto con l'introduzione del Protocollo n. 11. Per approfondimenti si vedano: SCHERMES, *Adaptation of 11 th Protocol to the European convention on Human Rights*, in *European Law Review*, 1995, 559 ss., spec. 576 ss. e A. BULTRINI, voce *Corte*, cit., 170. Sulla posizione più avanzata della Corte interamericana dei diritti dell'uomo cfr. P. PIRRONE, *Sui poteri della Corte interamericana in materia di responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo*, in *RVDn*, 1995, 940 ss.

[65] Per approfondimenti si veda F. SUNDBERG, *Sub art. 41. Equa soddisfazione*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 661-671; per riferimenti ai vari profili esaminati in giurisprudenza cfr. M. DE SALVIA, *Compendium*, cit., 339-347.

[66] Cfr. ad es. caso *Marckx*, § 68. Si tornerà sulla decisione nel § 2.4.

[67] Ai sensi dell'art. 42 «Le sentenze delle Camere divengono definitive conformemente

punto la sorveglianza sull'esecuzione della sentenza definitiva (art. 46, § 2). Tale potere caratterizza il sistema di tutela della Convenzione: si tratta di un elemento veramente originale che non si riscontra in altri ambiti, ed in particolare in quello comunitario [68]; col Protocollo n. 11 questa attività rappresenta la funzione esclusiva del Comitato, dato che tutte le funzioni decisionali sono state concentrate in capo alla Corte.

Il controllo a posteriori sulla esecuzione delle pronunce viene inoltre svolto anche dagli individui, dagli Stati, nonché dalla Corte stessa quando si instaura un nuovo giudizio sulla stessa vicenda (in sede di successiva condanna per equa soddisfazione, in caso di una seconda condanna dello Stato, ecc.) [69-70].

Il Comitato ha quindi potere di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze con riguardo sia alle misure riparatorie, sia alle condanne che concedono un'equa soddisfazione [71]; grava, infatti, sullo Stato interessato l'onere di informare il Comitato circa le misure assunte, di quelle individuali (come ad es. la riapertura di un processo, la concessione di un permesso di soggiorno) e di quelle di carattere generale volte a prevenire nuove violazioni (come l'abrogazione di una legge, l'approvazione di una riforma legislativa).

---

alle disposizioni dell'art. 44, § 2»; l'art. 44 precisa «1. La sentenza della Grande Camera è definitiva. 2. La sentenza di una Camera diviene definitiva: a) quando le parti dichiarano che non richiederanno il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure b) tre mesi dopo la data della sentenza, se non è stato richiesto il rinvio del caso dinanzi alla Grande Camera; oppure c) se il collegio della Grande Camera respinge una richiesta di rinvio formulata ai sensi dell'art. 43. 3. La sentenza definitiva è pubblicata». L'art. 43 sul rinvio dinanzi alla Grande Camera dispone che «1. Entro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia, può, in situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinanzi alla Grande Camera. 2. Un collegio di cinque giudici della Grande Camera accoglie la domanda quando la questione oggetto del ricorso solleva gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o comunque un'importante questione di carattere generale. 3. Se il collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con sentenza». Per un commento si veda A. BULTRINI, *Sub artt. 42*, *43 e 44*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 674-679.

[68] Sul punto G. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce*, cit., 431.

[69] Dopo che la sentenza è divenuta definitiva ai sensi dell'art. 44 della Convenzione, e salvo la pronuncia separata in materia di equa soddisfazione, la Corte, in base al Regolamento, può emettere ulteriori decisioni: può emanare una sentenza interpretativa di una precedente entro un anno dalla sua pronunzia (art. 79); può sottoporre a revisione una sentenza anche definitiva se emergono nuovi elementi decisivi se fatti valere entro sei mesi dalla scoperta (art. 80); può procedere alla rettificazione di errori di redazione, di calcolo o inesattezze entro un mese dalla pronuncia della sentenza (art. 81).

[70] Per un ampio esame di tutti i controlli sugli effetti delle decisioni si rinvia a E. LAMBERT, *Les effets*, cit., spec. 160-186.

[71] Sul punto per ulteriori osservazioni si rinvia a LEUPRECHT, *The Execution of Judgments and Decisions*, in R.ST.J. MACDONALD-H. MATSCHER-F. PETZOLD, *The European System*, cit., 791-800.

La procedura inizia con l'iscrizione del caso all'ordine del giorno (a seguito della trasmissione della sentenza da parte della Corte) e si conclude, dopo che il Comitato ha assunto tutte le informazioni necessarie e verificato il pagamento della somma dovuta a titolo di equa soddisfazione, con una Risoluzione con la quale esso dichiara che le sue funzioni sono state esercitate [72]. Se invece le misure non sono state adottate, il caso viene automaticamente iscritto all'ordine del giorno della riunione successiva del Comitato, al più tardi entro sei mesi salvo eccezioni.

La vicenda italiana in tema di violazione del diritto alla ragionevole durata dei processi descrive ancora una volta emblematicamente alcuni aspetti della procedura di sorveglianza spettante al Comitato dei Ministri. Nell'esame preliminare del rapporto presentato dalle autorità italiane sulla legge Pinto [73] il Comitato ha manifestato perplessità per il fatto che essa non prevede l'accelerazione delle procedure e che la sua applicazione rischia di aggravare il carico di lavoro delle Corti d'appello. L'organo di controllo decideva di riprendere l'esame di tale questione nel mese di febbraio 2002 alla luce delle informazioni complementari che l'Italia era stata invitata a fornire [74].

Qualora lo Stato eluda ripetutamente l'impegno di conformarsi alle decisioni della Corte, il Comitato dei Ministri, in quanto suprema autorità politica (esecutiva) del Consiglio d'Europa potrà sospenderne il diritto di rappresentanza nel Consiglio stesso sulla base dell'art. 8 dello Statuto dell'Organizzazione del 1949, secondo il quale: «Ogni membro del Consiglio d'Europa che abbia seriamente violato l'art. 3 può essere sospeso dal suo diritto di rappresentanza e richiesto dal Comitato dei Ministri di ritirarsi». L'art. 3 impone, infatti, agli Stati membri «di accettare i princìpi del primato del diritto al godimento da parte di tutte le persone assoggettate alla sua giurisdizione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» [75].

---

[72] La procedura è codificata dalle Regole interne adottate nel 1976 e in corso di aggiornamento rispetto al Protocollo n. 11.

[73] Si legga il comunicato stampa del 3 ottobre 2001, in *Corr. giur.*, n. 11/2001, 1525.

[74] Si vedano le osservazioni di BONOMO, *Strasburgo «scopre» i suoi dubbi sull'efficacia della legge Pinto*, in *Dir. e giust.*, n. 38/2001, 30.

[75] Per interessanti osservazioni sul potere di sanzione del Comitato cfr. M. GERBINO, *Considerazioni sugli effetti*, cit., 20 ss.

2.2. L'obbligo degli Stati membri di conformarsi alle decisioni della Corte con riguardo alle controversie nelle quali essi sono parti: effetti sul giudicato interno e su provvedimenti giurisdizionali non definitivi

Venendo ora ad esaminare nel merito i contenuti dell'obbligazione che grava sullo Stato nei confronti del quale è stata riconosciuta la responsabilità per la violazione della Convenzione, si concentrerà l'attenzione su quelli che coinvolgono in qualche misura la figura del giudice interno, la sua attività, le sue decisioni.

Non emergono questioni particolarmente significative sull'obbligo diretto dello Stato al pagamento delle somme dovute a titolo di equa soddisfazione; resta solo da chiarire se per individuare la competenza del giudice italiano, non essendoci, a quanto mi risulta, giurisprudenza sul punto, possa bastare ricomprendere la sentenza di Strasburgo tra gli atti che costituiscono titolo esecutivo *ex* art. 474 c.p.c. (anche se manca della formula esecutiva di cui all'art. 475 c.p.c.) o se si debba riconoscerle al massimo l'idoneità, in quanto prova scritta, ad ottenere l'emissione di un decreto ingiuntivo *ex* art. 633 c.p.c. [76].

Senz'altro più interessante ai nostri fini è la problematica concernente le misure individuali o generali che lo Stato deve adottare, a sua discrezione, per ripristinare la situazione precedente alla constatata violazione (c.d. obbligo indiretto o di risultato). Sebbene siano quantitativamente più numerose le condanne al risarcimento in forma pecuniaria a titolo di equa soddisfazione, la *restitutio in integrum* costituisce l'elemento primario e naturale dell'obbligazione che incombe sullo Stato in caso di illecito internazionale secondo la giurisprudenza e la prassi diplomatica [77], e secondo quanto emerge, forse per la prima volta così chiaramente, nella decisione separata del 1995 sull'equa soddisfazione nel caso *Papamichalopoulos e altri* c. *Grecia*, seguita al mancato accordo transattivo tra ricorrenti e Governo greco: la Corte ingiungeva allo Stato di restituire i terreni e le costruzioni esistenti sugli stessi e, solo «*faute d'une telle restitution*», di pagare una somma a titolo di indennizzo [78].

---

[76] In questo senso G. Raimondi, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce*, cit., 433-434.

[77] Sul punto si vedano B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1992, 371-372 e Arangio Ruiz, *Rapporto preliminare sulla responsabilità degli Stati presentato nel 1988 alla Commissione di diritto internazionale*, in *Annuaire de la Commission du droit int.*, 1988, II, première partie, 12-21, citato da P. Pirrone, *Il caso Papamichalopoulus*, cit., 158, nota 19.

[78] Nella prima decisione del 24 giugno 1993 la Corte condannava lo Stato greco per la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 per aver espropriato illegittimamente dei terreni e lo invitava a trovare un accordo con i ricorrenti; fallito il tentativo seguiva una seconda pronuncia della Corte il 30 ottobre 1995. Il giudice europeo richiamava al § 36 il celebre brano contenuto nella decisione sul caso relativo all'officina di Chorzów nel quale la Corte permanente di giustizia internazionale precisava che la riparazione di un illecito internazionale deve, nella

In passato si era posto il problema di stabilire quale fosse l'equa soddisfazione da riconoscere al ricorrente ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, anzitutto nei casi in cui la Corte europea dichiarava la violazione dei princìpi dell'equo processo. Qui l'ostacolo a realizzare una *restitutio in integrum* deriva evidentemente dal fatto che, per riaprire il processo, occorrerebbe mettere in discussione il giudicato normalmente già formatosi (se infatti fosse ancora possibile ripristinare l'equità del processo non ancora definitivamente concluso, la legittimazione a ricorrere alla Corte dei diritti potrebbe essere negata per mancato esperimento previo dei rimedi interni).

Il giudice europeo pareva da principio per lo più orientato a ritenere che la mera constatazione della violazione dell'art. 6 costituisse, di per sé, una sufficiente compensazione degli svantaggi processuali subiti dall'accusato [79]. In seguito, i giudici di Strasburgo ritennero in molti casi che si potesse affermare che il ricorrente aveva subito «*a loss of real opportunities*» [80] o che, comunque, fosse opportuno risarcire almeno economicamente le sofferenze morali derivanti dall'ingiustizia subita [81]. Anche quest'ultimo orientamento sembra ora in via di superamento: si registrano, infatti, interessanti novità sollecitate da casi particolarmente difficili che hanno dato luogo a gravi problemi di esecuzione a causa dell'assenza di adeguate possibilità di riparare le violazioni constatate [82].

Nel contesto della dimensione intergovernativa del Consiglio d'Europa si è dibattuto, perciò, dell'opportunità di introdurre con uno strumento internazionale l'obbligo per gli Stati di prevedere meccanismi di revisione delle sentenze a seguito delle pronunce della Corte di Strasburgo. Con la Raccomandazione n. R (2000) 2, il Comitato dei Ministri si è limitato ad incoraggiare i singoli Stati firmatari a «*examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue du réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention*».

Per la verità, meccanismi volontari di riapertura dei processi a seguito di violazioni dell'art. 6 della Convenzione sono stati adottati da diversi Paesi: se ne trova un quadro d'insieme nel documento DH-PR(99) 10) del Comitato di esperti

---

misura del possibile, cancellare tutte le conseguenze dell'atto illecito mediante la *naturalis restitutio*, e che, ove questa sia irrealizzabile, il responsabile debba corrispondere al soggetto leso un indennizzo equivalente al valore che avrebbe avuto la restituzione in natura. Per ulteriori osservazioni sul punto e per un commento critico della decisione del caso *Papamichalopoulos* si veda P. PIRRONE, *Il caso* Papamichalopoulos *dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*: restitutio in integrum *ed equa soddisfazione*, cit., spec. 158-165. Sulla decisione si tornerà più oltre.

[79] Si veda ad es. la sentenza *Kamasinsky* c. *Austria* del 19 dicembre 1989, serie A, n. 168, § 113.

[80] Così la sentenza *Pélissier et Sassi*, § 80.

[81] Cfr. la sentenza *A.M.* c. *Italia* del 14 dicembre 1999, in *Recueil*, 1999-IX, § 32.

[82] Si vedano ad esempio i casi *Hakkar* c. *Francia* e *Partito socialista* c. *Turchia*, entrambi citate da F. SUNDBERG, *Sub art. 41*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., 663-664.

per il miglioramento delle procedure di protezione dei diritti dell'uomo [83].

Nel caso *Piersack* c. *Belgio*, ad esempio, il ricorrente chiedeva alla Corte in virtù dell'art. 50 della Convenzione (ora art. 41) la sua scarcerazione immediata, in seguito alla condanna dello Stato per la violazione dell'art. 6, § 1 (non imparzialità dell'organo giudicante) [84]. Il giudice europeo aggiornava la decisione sul punto, invitando le parti ad accordarsi e, con una successiva pronuncia solo sull'equa soddisfazione, constatava che il processo «oggetto del ricorso» era stato nuovamente celebrato davanti ad un giudice imparziale, il quale aveva confermato la condanna del ricorrente, e che pertanto dalla privazione della sua libertà non discendeva più alcuna violazione della Convenzione (art. 6, § 1) [85].

Sebbene allo stato attuale la necessità di un meccanismo *ad hoc* non sia stata ancora consacrata in una pronuncia della Corte, l'opinione dissenziente del giudice Zupancic espressa a riguardo della sentenza *Lucà* c. *Italia* [86] chiarisce le ragioni che dovrebbero condurre il giudice europeo a muovere un passo simile, proprio a partire dal tenore letterale e dalla *ratio* degli articoli 1 e 41 della Convenzione. Al punto II della *dissenting opinion* si legge: «*Maintes violations d'ordre procédural des droits de l'homme ne peuvent être redressées par une "satisfaction équitable" financière. Les craintes d'une atteinte à la souveraineté nationale qui planaient sur le Comité d'experts des Droits de l'Homme en 1949 ne sont à l'evidence plus de mise aujourd'hui. La situation sous-jacente a radicalement changé; le démontre aisément le fait que les États soient aussi nombreux à avoir renoncé* sua sponte *à cet aspect de la souveraineté nationale et, en adoptant une législation spécifique, aient soumis les arrêts définitifs de leurs juridictions pénales et de droit privé à un procès* de novo. *En cas de procès en révision, le constat par la Cour d'une violation passe pour un* novum factum *juridique. Cela implique, bien entendu, que les constats de notre Cour doivent avoir un effet contraignant direct sur les juridictions nationales de première instance qui rejugent les affaires. On ne peut se contenter de rien de moins si l'on veut dans une affaire comme celle de Lucà* c. *Italia que justice soit faite*» [87].

---

[83] Per approfondimenti sul punto con riguardo ai singoli Paesi si rinvia a E. LAMBERT, *Les effets*, cit., spec. 216 ss.

[84] Sent. 1 ottobre 1982, § 34.

[85] Cfr. § 11 della sent. 26 ottobre 1984 sull'equa soddisfazione. Nel caso di specie, infatti, a seguito della decisione di Strasburgo, la Corte di cassazione belga aveva annullato il 18 maggio 1983 la decisione della Corte d'assise del Brabant resa il 10 novembre del 1978 così che il ricorrente aveva beneficiato di un nuovo esame della causa davanti al giudice del rinvio (Corte d'assise del Hainaut) che gli aveva inflitto la pena identica a quella comminatagli in origine, ma con le garanzie previste dalla Convenzione.

[86] Sent. 27 febbraio 2001.

[87] Nel caso di specie la Corte si limitava a constatare l'avvenuta violazione degli artt. 6 § 1 e 3 della Convenzione e a condannare lo Stato una riparazione pecuniaria a titolo di equa soddisfazione. Nel caso di specie era in discussione la violazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo

Secondo il giudice dissenziente, nei casi di violazione delle garanzie sostanziali dell'art. 6, la Corte dovrebbe imporre allo Stato di fornire al ricorrente, secondo le modalità che lo Stato stesso vorrà stabilire, l'unica forma di *restitutio in integrum* reale ed effettiva e cioè la celebrazione di un nuovo processo conforme alle norme pattizie.

Nell'ordinamento italiano ancora non vi sono meccanismi di revisione o riapertura di processi determinate da una pronuncia di Strasburgo; perciò la censura per violazione dell'art. 6, ad esempio per ingiusta limitazione del diritto di difesa, non produce alcuna conseguenza sul giudicato interno, dato che tale ipotesi non è contemplata dal codice di procedura penale tra i motivi di revisione [88]. Tuttavia in seno alla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati si stanno discutendo due progetti di legge [89] che, sul modello francese [90], propongono di aggiungere, tra i motivi di revisione di cui al comma primo dell'art. 630 c.p.p., una lett. d-*bis*) dedicata alla constatazione della violazione dell'art. 6 della Convenzione [91].

---

del regime probatorio: il giudice europeo non censura tanto il sistema normativo (l'art. 513 c.p.p., nel testo precedente alla legge di riforma del 1997, e quindi alla riforma dell'art. 111 Cost.), quanto il fatto che la condanna penale è intervenuta esclusivamente sulla base delle dichiarazioni rese al p.m. da un imputato in procedimento connesso senza che l'imputato abbia mai avuto la possibilità di contro-interrogare il dichiarante.

[88] L'istituto della revisione disciplinato dal titolo IV del libro IX del codice di procedura penale (artt. 629 ss.), com'è noto, rappresenta un mezzo straordinario di impugnazione, principalmente diretto alla tutela dell'interesse pubblico alla riparazione dell'errore giudiziario nonché a quello del soggetto nei cui confronti sia stata assunta una erronea decisione. Incidendo sulla cosa giudicata, tale rimedio è soggetto ad una disciplina particolarmente rigorosa, è ammesso per quattro motivi: a) in caso di conflitto di giudicati; b) se il giudice penale ha basato la propria sentenza di condanna su una sentenza civile o amministrativa successivamente revocata; c) nel caso in cui si scoprano nuove e determinanti prove; d) se la condanna penale è stata conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di altro fatto previsto dalla legge come reato.

[89] Si tratta dei progetti di legge n. 1992 (on. Cola) e n. 1447 (onn. Pepe, Saponara, Russo Spena e altri).

Per gli emendamenti apportati al testo dei progetti di legge unificati si legga il resoconto della seduta del 12 marzo 2002 della II Commissione della Camera dei Deputati sul sito internet *www.Camera.it*. Nella XIII legislatura le medesime norme erano state stralciate dal disegno di legge atto Senato n. 3168 divenuto l. 23 novembre 1998, n. 405 recante modifiche al codice di procedura penale in materia di revisione.

[90] Con la l. n. 2000-516 del 15 giugno 2000, modificativa dell'art. 626 c.p.p., la Francia ha incluso, tra i casi di revisione, la constatazione, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, di una violazione grave dell'art. 6 della Convenzione. Vale la pena di notare che secondo la legislazione transalpina, l'apprezzamento del livello di gravità del mancato rispetto del principio dell'equo processo è rimesso ad una speciale commissione composta di sette magistrati della Corte di cassazione.

[91] I due progetti constano entrambi di due articoli, il primo prevede che: «1. Al comma 1 dell'art. 630 c.p.p. è aggiunta, in fine la seguente lettera: d-bis) se è stata accertata con senten-

Entrambi i progetti aprono la via della revisione della condanna in caso di violazione di una qualsiasi disposizione dell'art. 6, § 3 (diritto di difesa). Non si può però non considerare criticamente una proposta così generica, che finisce col toccare l'autorità di giudicato della decisione interna anche in ipotesi di lievi violazioni (mentre la legge francese richiede che si tratti di una violazione grave, però dell'art. 6 in qualunque, si direbbe, dei suoi paragrafi), e rischia di introdurre *tout court* un quarto grado di giudizio [92].

Anche per i diritti patrimoniali si è posto il problema della *restitutio in integrum*: nel caso Papamichalopoulos già citato si è data «la possibilità» allo Stato di riparare alla lesione contestata con la restituzione del bene oggetto di espropriazione illegittima; anche nei casi *Belvedere Alberghiera* c. *Italia* o *Ventura* c. *Italia* [93] la Corte invitava le parti ad un accordo sulla restituzione di terreni in costanza di una decisione del giudice italiano che considerava legittima l'occupazione acquisitiva.

Diverso è il caso quando l'obbligo di conformarsi che grava sullo Stato condannato concerne violazioni derivate da provvedimenti interni che, per loro na-

---

za della Corte europea dei diritti dell'uomo la violazione dell'art. 6, § 3, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, resa esecutiva con l. 4 agosto 1955, n. 848». L'art. 2 stabilisce che: «All'art. 633 c.p.p. è aggiunto, in fine, il seguente comma: 3-*bis*. Nel caso previsto dall'art. 630, comma 1, lett. d-*bis*) alla richiesta deve essere unita copia autentica della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

[92] Per ulteriori osservazioni critiche si veda A TAMIETTI, *op. cit*., il quale sottolineando l'opportunità di una distinzione basata sulla gravità della violazione del 6 ricorda che la Corte europea ha concluso per la violazione dell'equo processo anche in casi di lievissima entità, quali l'omessa comunicazione ad una delle parti di un documento che aveva avuto poca o nessuna influenza sulla decisione della causa (v. la sentenza *Nideröst-Huber* c. *Svizzera* del 18 febbraio 1997, in *Recueil*, 1997-I, §§ 19-32, ove peraltro, ben rendendosi conto della natura meramente formale della violazione, la Corte aveva ritenuto di non liquidare alcuna somma a titolo di equa soddisfazione per danno morale). Il secondo paragrafo dell'art. 6 (presunzione di innocenza) poi, è stato interpretato come una proibizione, per ogni autorità pubblica, di presentare un imputato come colpevole in epoca antecedente alla condanna in primo grado. Si dovrebbe pertanto accordare la revisione anche quando, come nel caso *Allenet dei Ribemont* c. *Francia* (v. la sent. 10 febbraio 1995, serie A, n. 308) il comportamento censurato consisteva nel fatto che nel corso di una conferenza stampa due alti funzionari della polizia avevano dato per scontata la responsabilità del ricorrente, descrivendo il ruolo che avrebbe avuto la vicenda criminale? Per ciò che riguarda il progetto n. 1447, esso limita la possibilità di revisione ai casi in cui è stato violato il terzo paragrafo dell'art. 6, il che comporta il concreto pericolo di dare luogo a disparità di trattamento tra fattispecie in cui la compressione dei diritti della difesa presenta analoga gravità. In proposito, rilevo che la costante giurisprudenza della Corte europea ha concluso alla violazione del solo primo paragrafo dell'art. 6 (situazione che, secondo il progetto n. 1447 non darebbe diritto alla revisione) anche in ipotesi di serissime lesioni del diritto al contraddittorio, alla parità delle armi e di non essere costretti a rilasciare dichiarazioni auto-accusatorie».

[93] Sui quali si tornerà nel § 2.5.

tura, non raggiungono mai la definitività tipica del giudicato, come i provvedimenti in materia di volontaria giurisdizione o molti di quelli in materia di rapporti fra coniugi o di affidamento dei figli.

Viene qui in rilievo emblematicamente la sentenza *Scozzari e Giunta* c. *Italia* del luglio 2000 in tema di minori, di cui si è già riportato un passo nel § 2.1 [94]. In sintesi, il giudice europeo, dopo aver precisato che sotto il controllo del Comitato dei Ministri lo Stato condannato è chiamato non solamente al risarcimento del danno, ma anche a scegliere le misure generali o individuali idonee a porre termine alla violazione e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze, condannava lo Stato per violazione dell'art. 8 della Convenzione. Senza entrare negli spiacevoli dettagli della lunga e complessa vicenda, basti ricordare solo che la violazione del diritto al rispetto della vita familiare era collegata da un lato al ritardo e alla scarsità degli incontri tra madre e figli disposti dal tribunale dei minori di Firenze in seguito alla sospensione dell'autorità parentale, e dall'altro alla scelta di una comunità per l'affidamento, comunità nella quale continuavano ad operare attivamente due soggetti condannati per abusi sessuali su minori [95].

Si tratta di indirizzi giurisprudenziali che segnalano il disagio di fronte al rischio di una inaccettabile trasformazione degli obblighi di protezione dei diritti imposti da Strasburgo in mere obbligazioni pecuniarie.

Vorrei sottolineare come lo stesso Protocollo n. 11, pur rafforzando la posizione della nuova Corte attraverso la concentrazione in essa di tutte le funzioni decisionali, non ha apportato sostanziali modifiche al suo potere di ordinare allo Stato responsabile la forma riparatoria che di volta in volta risulta più idonea, lasciando quest'ultimo sostanzialmente arbitro di decidere.

Benché non ci si nascondano le perplessità generate dal forte impatto che lo sviluppo di questi orientamenti è in grado di produrre in seno all'organizzazione interna della giustizia, d'altro canto non si può neppure esimersi dal rilevare il

---

[94] Si vedano anche *E.P.* c. *Italia* del 16 novembre 1999; *T.P. e KM* c. *Regno Unito* del 10 maggio 2001. Per il seguito che potrebbe avere sui provvedimenti adottati dal Tribunale dei minori di Bologna in caso di condanna e per l'ampio coinvolgimento dell'opinione pubblica che ha determinato, si segnala anche il ricorso *Covezzi e Morselli* c. *Italia* dichiarato ricevibile il 24 gennaio 2002 dalla I sez. della Corte.

[95] Nell'esercizio del suo potere di vigilanza il Comitato, con due Risoluzioni interlocutorie [DH (2001) 65 del 29 maggio 2001 e 151 del 3 ottobre 2001], incoraggiava le autorità italiane e belghe ad attuare in tempi rapidi la proposta della sistemazione dei bambini in Belgio dove la madre attualmente risiede; rilevava che il Tribunale di Firenze aveva autorizzato incontri mensili tra la madre e i figli e confermato l'affido al Forteto ancora per un triennio, nonostante non si fossero chiariti gli aspetti che avevano indotto la Corte a dichiarare la violazione dell'art. 8. Il Comitato invitava da ultimo le autorità italiane ad adottare misure concrete ed efficaci al fine di evitare che i bambini siano separati in modo irreversibile dalla madre e ad assicurare che l'affido rispetti l'interesse superiore dei bambini e i diritti della madre, quali definiti nella sentenza della Corte. Ribadiva, infine, la sua volontà di vedere eseguita la pronuncia prevedendo, se necessario, l'esame del caso nel corso di ogni riunione successiva del Comitato stesso. Per un breve commento si veda *Corr. giur.*, n. 11/2001, 1525.

pericolo di una monetizzazione della responsabilità per mancato rispetto dei diritti dell'uomo: se per i diritti patrimoniali ciò può forse accettarsi, non può certo essere così per le violazioni più gravi dei diritti garantiti dalla Convenzione.

2.3. (*Segue*): obbligo di prevenire l'insorgere di nuove violazioni: l'adeguatezza di misure riparatorie di tipo risarcitorio oltre che di quelle preventive

La violazione delle norme pattizie può derivare non solo da un atto giurisdizionale dello Stato, ma anche da provvedimenti amministrativi o da atti normativi; quest'ultima ipotesi in particolare è ricca di sfaccettature, dato che la condanna può implicare sia l'obbligo di abrogazione che di approvazione di una determinata disposizione [96], e spesso si tratta addirittura di mettere a punto riforme legislative piuttosto complesse e innovative, talvolta persino dirompenti rispetto alle tradizioni ed ai costumi dello Stato condannato (si pensi in particolare, nel diritto di famiglia, all'equiparazione del figlio naturale al figlio legittimo, al riconoscimento delle coppie omosessuali, ecc. o, con riferimento all'Italia, alla riforma del codice di procedura penale).

Il tema risulta pertanto di estremo interesse: per quanto concerne la nostra ricerca, tuttavia, esso resta marginale, obbligandoci solo a porci il quesito circa la posizione del giudice nazionale riguardo ad una norma interna dichiarata non conforme alla Convenzione o ad una lacuna rispetto alla stessa. Vi è chi sostiene, infatti, che il giudice debba disapplicare la norma interna incompatibile o addirittura riempire il vuoto normativo secondo le indicazioni della Corte dei diritti. Mi pare che, almeno nel nostro ordinamento, l'art. 101 Cost. sia di ostacolo ad una lettura così forte della portata della giurisprudenza di Strasburgo (si tornerà sul punto nel prossimo paragrafo).

In genere i moniti al legislatore nazionale hanno come obiettivo quello di rimuovere le cause della violazione e prevenirne di nuove.

Come anticipato nel § 1.2, invece, la sentenza sul caso *Kudla* c. *Polonia* parrebbe aprire anche una nuova strada al legislatore, quella di predisporre un rimedio riparatorio rispetto alla violazione accertata. Tale via sembrerebbe muovere dalla premessa per cui l'obbligo degli Stati di prevedere istanze nazionali di ricorso nel caso di violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione si estende alla necessaria previsione anche di rimedi «riparatori» di violazioni già avvenute e non eliminabili con gli strumenti ordinari. A me sembra, tuttavia, che questa tesi, se generalizzata, andrebbe oltre il segno: significherebbe che in ogni ordinamento interno si dovrebbero prevedere, oltre alle istanze di ricorso con cui possono essere fatti valere in via normale i diritti, per evitarne o contrastarne le vio-

---

[96] Sulla complessa questione si rinvia ancora a E. Lambert, *Les effets*, cit., 123-135.

lazioni, anche appositi rimedi risarcitori (del tipo, per intenderci, della nostra legge Pinto) azionabili dai soggetti nel caso di violazione compiutasi e non altrimenti rimediabile di uno qualsiasi dei diritti «sostanziali» sanciti nella Convenzione.

L'affermazione della Corte nel caso *Kudla* si spiega forse considerando che essa ha per oggetto il diritto alla durata ragionevole del processo (la cui violazione, una volta verificatasi, è di per sé irrimediabile), e che abbia dato per acquisito che nel paese interessato (così come accade in Italia) vi è una situazione «endemica» di inosservanza, onde, in assenza di un rimedio «riparatorio», sussisterebbe una generalizzata situazione di violazione del diritto, che come tale richiede un rimedio interno risarcitorio. Lo stesso, evidentemente, non potrebbe valere per la violazione di qualsiasi altro diritto derivante dalla Convenzione.

2.4. Effetti solo *inter partes* delle pronunce o sussistenza di un obbligo di adeguamento a precedenti vincolanti?

Assodato che le disposizioni della Convenzione sugli effetti delle decisioni della Corte sono particolarmente laconiche, non si può che cercare di desumerne la portata in via sistematica e alla luce della giurisprudenza elaborata dalla Corte stessa.

Si devono anzitutto distinguere gli effetti che discendono dalla condanna e costituiscono il contenuto dell'obbligo di conformazione che grava sullo Stato, dall'interpretazione delle disposizioni pattizie che conducono la Corte alla pronuncia: la differenza sembra persino banale, eppure spesso i piani vengono sovrapposti.

Sotto il primo profilo è fuor di dubbio che le pronunce producano effetti solo a carico dello Stato riconosciuto responsabile della violazione e non anche per gli altri Paesi membri; benché il giudizio europeo si muova tra astrattezza e concretezza, la Corte dei diritti si confronta con un diritto nazionale specifico e non mi risulta che si siano dati casi in cui Stati terzi abbiano assunto la posizione dell'*amicus curiae*.

Anche nell'ambito dell'ordinamento giuridico dello Stato condannato, l'effetto diretto della pronuncia riguarda solo il caso deciso. Ci si può domandare se possa parlarsi di una sorta di efficacia «normativa» della sentenza, che valga cioè ad offrire al giudice interno la regola di giudizio per altri casi simili a lui sottoposti, alla stregua di un «precedente» vincolante, o addirittura ad obbligare detto giudice a non applicare, in altri casi, una norma di legge interna che la Corte abbia dichiarato non conforme alla Convenzione. Il tema si confonde in parte con quello del rango e dell'efficacia delle norme della Convenzione nel sistema interno delle fonti, che esaminerò nei §§ 3.1 e 3.2.

Qui mi limito a richiamare una pronuncia del giudice europeo che risulta particolarmente significativa al riguardo. Si tratta della decisione del caso *Vermeire*

c. *Belgio* [97] (del 1991), in cui la ricorrente lamentava una lesione del suo diritto al rispetto della vita familiare subendo una ingiusta ingerenza discriminatoria incompatibile con gli artt. 8 e 14 della Convenzione.

La Corte d'appello di Bruxelles l'aveva esclusa dall'asse ereditario dei nonni paterni, a causa del carattere «naturale» del suo rapporto di filiazione paterno, non disapplicando la disciplina interna (peraltro abrogata nel 1987) che la Corte dei diritti nel caso *Marckx* c. *Belgio* del 1979 [98] aveva già dichiarato contrastante con le norme pattizie sopra indicate.

Nella decisione Vermeire il giudice europeo proprio ricordando la decisione Marckx precisa che «*la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obbligation au titre de l'article 53* (ora 41) *ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme, au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte le 22 juillet 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979*» [99].

In dottrina si è letta questa pronuncia nel senso di considerare obbligatoria per il giudice nazionale la disapplicazione di una disciplina interna ancora vigente, ma già dichiarata non conforme alla Convenzione dalla Corte di Strasburgo, facendo così ricorso allo stesso meccanismo operante nel diritto comunitario [100]. In realtà qui la Corte sembra «sanzionare» il ritardo del legislatore belga, che ha impiegato ben otto anni per adeguarsi al suo precedente «monito», garantendo con la sua pronuncia anche le posizioni subiettive rimaste scoperte dall'assenza di retroattività della riforma legislativa successivamente intervenuta.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, mi pare che l'art. 101 Cost., là dove sancisce la soggezione del giudice soltanto alla legge, osti ad una prospettiva che voglia far derivare da una pronuncia della Corte di Strasburgo l'obbligo per il giudice di disapplicare una legge interna che non risulti invalida o priva di efficacia secondo il sistema interno delle fonti. Solo se, in base alle regole di tale sistema, risultasse che la norma della Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, abbia un effetto tale da condurre ad escludere, nella specie sottoposta al giudice, l'applicabilità di una diversa norma interna, questa conseguenza potrebbe e dovrebbe essere tratta [101].

---

[97] La decisione della Corte è del 29 novembre 1991.

[98] Resa dalla Corte il 13 giugno 1979. Si veda in particolare il § 59 dove si legge: «*En resumé, Alexandra Marckx a été victime d'une violation de l'art. 14, combiné avec l'article 8 (art. 14+8), du fait tant des restrictions à sa capacité de recevoir des biens de sa mère que de son absence complète de vocation successoire à l'égard de ses proches parents du côté maternel*».

[99] Cit., § 25.

[100] Cfr. E. LAMBERT, *Les effets*, cit., 199-204.

[101] Sul punto vedi *infra* il § 3.2.

Tutt'altra questione è quella relativa all'efficacia *erga omnes* (nei confronti cioè di tutti gli Stati membri e di tutti i soggetti interessati) delle interpretazioni concernenti le norme pattizie rese dalla Corte dei diritti seppure per riferimento al singolo caso.

Una volta recepita la Convenzione nell'ordinamento interno, e indipendentemente dal rango che le si riconosca nel sistema della fonti, non mi pare si possano frapporre ostacoli al riconoscimento del valore di precedente vincolante ad una decisione della Corte limitatamente alla definizione della portata normativa della Convenzione stessa (c.d. autorità di cosa interpretata) [102]. Quando un sistema a garanzia dei diritti si dota di un giudice *ad ho*c, mi sembra difficile negare che a questo spetti l'ultima parola sul contenuto dei diritti tutelati, e ciò nonostante non si tratti di un'autorità giurisdizionale sovraordinata rispetto a quelle nazionali [103]. Esso infatti svolge la funzione essenziale di fissare uno standard minimo di tutela uguale per tutti, contribuendo così alla fondamentale opera di universalizzazione dei diritti dell'uomo.

Un'analisi della giurisprudenza interna sul punto sarà esposta nella terza sezione della presente ricerca; si ricorda ora solo che esistono decisioni dei giudici italiani nelle quali si afferma espressamente la sussistenza di un obbligo di interpretazione del sistema normativo interno in modo conforme alla Convenzione, e alla relativa giurisprudenza di Strasburgo: obbligo che *si aggiunge*, operando in senso analogo, a quello di interpretare le leggi in modo conforme alla Costituzione [104]. Il che però non significa ancora che il giudice nazionale possa giungere, sulla base della Convenzione interpretata dalla Corte europea, come in verità è già accaduto, sino alla disapplicazione della disciplina legislativa interna [105].

---

[102] Per approfondimenti sul valore del precedente giudiziario in Italia si veda A. ANZON, *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi*, Milano 1995, 75 ss. Con specifico riferimento alle pronunce di Strasburgo cfr. E. LAMBERT, *Les effets*, cit., 293 ss.

[103] In senso favorevole al riconoscimento del valore di precedente alla decisioni di Strasburgo si esprime G. GRECO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Itali*a, cit., spec. 37-41; *contra* cfr. F. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, cit., 61. Più in generale si veda MONACO, voce *II) Interpretazione delle norme internazionali*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989.

[104] Cfr. Comm. trib. reg. di Milano, sez. V, sent. 4 dicembre 2000 dep. 7 maggio 2001 (Pres. Bozzi) – non edita, 11-14 del dattiloscritto – con la quale il giudice tributario, assumendo la natura risarcitoria del c.d. «contributo differenza canone d'affitto» rigettava il ricorso dell'Ufficio distrettuale delle imposte che aveva accertato un maggiore imponibile ai fini IRPEF muovendo dalla natura retributiva di tale contributo. Dando conto del contrasto giurisprudenziale sul punto la Commissione tributaria precisa che la sua scelta interpretativa discende sia dall'obbligo di interpretazione conforme a Costituzione (artt. 3 e 53) sia dall'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU (art. 1 del protocollo 1).

[105] Sul punto si veda il § 3.7.

2.5. Possibili ambiti di conflitto tra obbligo di interpretazione costituzionalmente conforme e obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza di Strasburgo

Quid iuris – ci si può domandare – nel caso di conflitto tra interpretazione conforme a Costituzione e interpretazione conforme a Convenzione? Il caso sembra piuttosto teorico: esso manifesterebbe, in realtà, un conflitto normativo fra Costituzione (in ipotesi come interpretata dalla Corte costituzionale) e Convenzione (come interpretata dalla Corte di Strasburgo), e dunque in concreto un conflitto fra le due Corti.

Va però chiarito che vero conflitto sussisterebbe solo nel caso che dalla Costituzione e rispettivamente dalla Convenzione venissero fatte derivare conseguenze difformi *e fra loro incompatibili* riguardo alla specie da decidere. Non vi sarebbe vero conflitto se, per esempio, dalla Convenzione venisse tratta la conseguenza della incompatibilità con essa di una norma di legge interna che semplicemente non risulti, invece, incompatibile con la Costituzione (o viceversa). Nemmeno sarebbe vero conflitto quello che insorgesse a proposito della interpretazione di una norma interna plurivalente, rispetto alla quale si assumesse che dalla Convenzione, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, derivi l'obbligo di scegliere una interpretazione (fra quelle possibili) ad essa conforme, mentre analogo obbligo non si ritenga nascere dalla Costituzione (ritenendosi la norma costituzionalmente indifferente). Nulla vieta infatti, di per sé, che la tutela offerta, rispettivamente, dalla Convenzione e dalla Costituzione abbiano ambiti ed estensione diversi: anche se, ove si trattasse dello stesso diritto protetto, tale difformità di valutazione non mancherebbe di suscitare problemi. Vero conflitto insanabile, invece, vi sarebbe soltanto se una disciplina interna, ritenuta dalla Corte di Strasburgo *incompatibile* con la Convenzione, fosse ritenuta dalla Corte costituzionale o dal giudice *costituzionalmente necessaria*: il che, però, appare una ipotesi prevalentemente teorica.

Premessi questi chiarimenti, vorrei esaminare qui alcuni casi che credo mettano in evidenza sotto alcuni profili la tematica in discorso: senza entrare nel merito degli esiti dei singoli giudizi, essi evidenziano come il ragionamento condotto dal giudice abbia affrontato in qualche misura un contrasto giurisprudenziale tra le due Corti.

Il primo è un caso (senz'altro opinabile nella soluzione) di disapplicazione di una disciplina interna da parte di un giudice che fa leva sull'autorità di cosa interpretata di una pronuncia di Strasburgo, nonostante che, sullo stesso argomento, dalla giurisprudenza costituzionale emergesse un orientamento di segno opposto. Sulla base dell'art. 6 della Convenzione (come interpretato dalla Corte europea nel caso *Stran e Stratis Andreadis* c. *Grecia*) il Tribunale di Genova, con una decisione del 2001, disapplica una norma interna che non consente al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto di lavoro del dipendente dell'Ente poste italiane al quale sia stato illegittimamente ap-

posto un termine [106]. La norma, qualificata di interpretazione autentica, era stata oggetto (da parte di un diverso giudice) di una questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 101, 102 e 104 Cost., censurandosi la violazione dei princìpi sulla giurisdizione. La Corte costituzionale, con la sent. n. 419 del 2000, dichiarava l'infondatezza della questione, ribadendo che «la funzione giurisdizionale non può dirsi violata per il solo fatto di un intervento legislativo con efficacia retroattiva, quando il legislatore agisca sul piano astratto delle fonti normative senza ingerirsi nella specifica risoluzione delle concrete fattispecie in giudizio» [107]. Il Tribunale di Genova però, criticando la decisione costituzionale, richiama una pronuncia della Corte EDU, resa in riferimento ad una legge che invalidava una sentenza arbitrale, in cui si affermava che il principio della preminenza del diritto e la nozione del processo equo consacrati dall'art. 6 della Convenzione si oppongono ad ogni ingerenza del potere legislativo, al fine di influire sulla conclusione giudiziaria di una lite, nell'amministrazione della giustizia [108]. Su questa base, il Tribunale decide di disapplicare la norma interna, convincendosi che tra i due orientamenti fosse da preferire quello che garantiva le posizioni subiettive coinvolte nel giudizio, anziché gli interessi «generali» che il giudice costituzionale aveva considerato prevalenti nella sua pronuncia per giustificare l'intervento «interpretativo» del legislatore. Si tratta di un caso «estremo»: il giudice comune, si noti, perviene a negare applicazione ad una disposizione di legge la cui incostituzionalità era stata esclusa, invocando una pronuncia della Corte dei diritti che non riguarda affatto quella stessa legge, e nemmeno lo Stato italiano, ma semplicemente l'interpretazione della Convenzione quanto ai limiti dell'intervento legislativo rispetto ai giudizi in corso, data con riguardo ad una diversa fattispecie. In ogni caso qui non era in gioco una problema di *interpretazione* della norma interna alla luce della Convenzione e della relativa giurisprudenza, ma il giudice perviene senz'altro ad escludere l'applicazione della legge interna perché ritenuta in contrasto con la Convenzione.

Diverso e più «normale» è il caso riguardante un istituto di origine pretoria, la c.d. occupazione acquisitiva (*alias* espropriativa, appropriativa, accessione invertita), che descrive la vicenda della costruzione di opera pubblica su area occupata *non iure*, il cui presupposto è la pubblica utilità dichiarata nelle forme di legge, e il cui effetto è il trasferimento della proprietà del bene a favore della pubblica amministrazione, con riconoscimento al privato di un diritto al risarcimento del danno in una misura comunque maggiore della riparazione che questi riceverebbe con l'indennizzo previsto per l'esproprio [109].

---

[106] In *Foro it.*, 2001, 2653 ss.

[107] Cit. punto n. 10.4 del considerato in diritto.

[108] Corte EDU sent. 9 dicembre 1994, cit., § 49.

[109] La prima pronuncia fondante è Cass., sez. un., 16 febbraio 1983, n. 1464; da ultimo Cass. civ., sez. I, sent. 25 febbraio 2000, n. 2148, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1084-1086. Esso ha avuto successivamente espressi riconoscimenti normativi: l. n. 458 del 1988 e il comma 7-*bis*, dell'art. 5-*bis* della l. n. 359 del 1992 inserito dalla l. n. 662 del 1996.

L'istituto ha dato vita ad un cospicuo contenzioso sia in ordine al *quantum* del risarcimento, sia sulla brevità della prescrizione quinquennale, sia per l'assenza di una previsione legislativa, idonea a fondare legittima limitazione al diritto di proprietà privata. Giunta alla Corte costituzionale la relativa questione, l'istituto ne usciva rafforzato, considerato che il giudice delle leggi non considerava contrario all'art. 42 Cost. (per inosservanza dei presupposti e delle condizioni cui è costituzionalmente subordinata l'ablazione della proprietà) il fatto che l'amministrazione possa divenire proprietaria di un terreno sulla base di un suo comportamento illegale, e grazie ad una norma non statuita dal legislatore, ma desumibile dalla consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, «che effettivamente vive nella concreta realtà dei rapporti giuridici» [110], e che si fonda sulla prevalenza dell'interesse pubblico alla conservazione dell'opera pubblica sull'interesse del privato proprietario. Si noti che il nostro giudice costituzionale si sofferma poi ad esaminare i tratti essenziali della suddetta giurisprudenza della Cassazione, quasi a volerne sottolineare la univocità e precisione [111].

Di segno opposto le decisioni della Corte di Strasburgo in materia, nelle quali si concludeva nel senso della violazione del diritto di proprietà garantito all'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1, sotto il profilo della necessaria legalità di ogni ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento di tale diritto. L'istituto dell'occupazione acquisitiva, così come evolutosi nella giurisprudenza della Cassazione, manca, secondo il giudice di Strasburgo, di quei requisiti di chiarezza e prevedibilità necessari perché possa essere considerato compatibile con la Convenzione [112].

In due decisioni del Tribunale di Matera e della Corte d'appello di Bari, edite di recente, si fa la prima applicazione della giurisprudenza di Strasburgo in materia, anche se (purtroppo, dal nostro punto di vista), le fattispecie concrete non hanno imposto al giudice di misurarsi sul contrasto sopra indicato [113]. In questo caso, mancando una disposizione di legge interna che direttamente regoli la fattispecie, l'invocazione della Convenzione, come interpretata dalla Corte dei diritti, potrebbe, in linea di principio, condurre il giudice nazionale a discostarsi dalla ricostruzione interpretativa del sistema, da cui ha preso le mosse la Cassazione nel delineare l'istituto della occupazione acquisitiva: ma non si può fare a meno di osservare che tale istituto, nonostante la sua origine pretoria, ha poi ricevuto indiretti ma espliciti riconoscimenti in disposizioni di legge, che hanno regolato l'entità del risarcimento dovuto al proprietario privato.

---

[110] Cfr. sent. n. 188 del 1995, cit., punto 4.2 del considerato in diritto.

[111] Si leggano in particolare il punto 4.2 e 4.3 del considerato in diritto.

[112] Si veda Corte EDU, sez. II, sent. 30 maggio 2000 *Carbonara e Ventura* c. *Italia*, spec. §§ 63-66, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1101 ss. e pure caso B*elvedere Alberghiera s.r.l.* c. *Italia* della stessa sez. e data, *ibidem*, 1086 ss.

[113] Le decisioni, rispettivamente una del 24 febbraio 2001 e l'altra del 24 aprile 2001, sono pubblicate in *Giur. it.*, 2/2002, 303 ss. Per un commento su tutta la vicenda si veda M. ROBLES, *Il giudice nazionale*, *la Corte di Strasburgo ed il tormentato* «*dialogo*» *sulla proprietà*, *ivi*, 303-310.

Si segnala infine un caso singolare, ancora in tema di diritto di proprietà, nel quale il nostro giudice delle leggi si è in sostanza adeguato all'orientamento della Corte di Strasburgo su «sollecitazione» del giudice amministrativo [114].

Nel nostro ordinamento si è infatti a lungo tollerata la reiterazione dei vincoli quinquennali imposti dai piani regolatori senza prevedere alcun indennizzo; la Corte dei diritti, invece, sin dagli anni ottanta [115] riconosceva la necessità di un congruo indennizzo nei casi di espropriazione di lunga durata. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sollevava la questione di legittimità costituzionale relativa [116] e la Corte costituzionale dichiarava illegittime le norme che, nel consentire all'Amministrazione di reiterare vincoli urbanistici scaduti, non prevedevano alcun indennizzo [117]. È seguita una prima pronuncia della Cassazione che, riconoscendo la giurisdizione del giudice ordinario in materia, sembra ammettere l'astratta sussistenza di un diritto all'indennizzo.

La vicenda rappresenta, a mio avviso, un segnale positivo del ruolo di «ponte» svolto dai giudici comuni nel collegamento tra Corte costituzionale e Corte dei diritti.

Sezione III – L'utilizzo della giurisprudenza della Corte dei diritti ad opera dei giudici italiani [118]

3.1. Il rango della Convenzione nella giurisprudenza dei giudici comuni

L'esame delle decisioni dei giudici comuni consente di constatare come anche il nostro ordinamento registri in generale ai fini della risoluzione dei singo-

---

[114] La vicenda è descritta da G. Greco, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., 40-41. Per un esame dei riflessi della giurisprudenza di Strasburgo in tema di tutela della proprietà nel diritto europeo e sulla Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione si veda V. Angiolini, *Tutela della proprietà nel diritto*, in *Jus*, n. 1/2001, 3-13.

[115] Sent. 23 settembre 1982, casi *Sporrong* e *Lonnroth*.

[116] Con ord. 25 settembre 1996, n. 20, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1270.

[117] Sent. 20 maggio 1999, n. 179.

[118] Tra le ricostruzioni giurisprudenziali più interessanti si segnalano F. Raspadori, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000; P.V. Valabrega, *L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia*, in *Documenti Giustizia*, nn. 1-2/2000, 67-90; A. Pace, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit.; C.E. Gallo, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, in *Dir. Amm.*, 1996, 449 ss.; G. Greco, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit. Per le deci-

li casi la crescita dei riferimenti alle norme della Convenzione nell'interpretazione fornita dall'organo di giustizia europeo ai fini della risoluzione dei singoli casi [119], crescita che la recente introduzione della legge Pinto ha contribuito a promuovere, come si avrà modo di evidenziare nella prossima sezione della ricerca.

Le pronunce delle diverse autorità giurisdizionali di merito e di legittimità sembrano condurre al superamento di fatto della posizione di chi sosteneva l'inidoneità delle norme internazionali sui diritti a fungere da regole di giudizio per i giudici comuni e a considerarle al più meri strumenti interpretativi per le sole corti supreme [120].

Il titolo stesso della relazione mi ha obbligata, in qualche misura, a privilegiare un approccio pragmatico, piuttosto che soffermarmi sull'ampio dibattito dottrinale, a riguardo dei problemi di fondo connessi al riconoscimento di efficacia all'interno dell'ordinamento italiano – con legge ordinaria – della CEDU, che di per sé non consente di risolvere la questione del rango «sostanziale» da attribuire a tale fonte (sua costituzionalizzazione in base all'art. 10, comma 2, Cost., o *ratione materiae ex* art. 2 Cost.? Legge atipica secondo le affermazioni della Corte costituzionale e di cassazione che qui di seguito si richiameranno?). L'arco delle soluzioni prospettato dalla giurisprudenza comune è pressoché completo: da chi ne afferma la costituzionalizzazione a vario titolo [121], a coloro che la considerano una legge ordinaria *tout court* [122].

---

sioni meno recenti si veda la raccolta di giurisprudenza massimata in appendice a AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Italia*, a cura di G. BISCOTTINI, Milano, 1981.

[119] Cfr. caso *Medrano*, caso *Pavesi*, caso *Strobl*; caso *De Fusco* citati *infra.* Per i riferimenti agli ordinamenti degli altri Paesi dell'U.E. cfr. AA.VV, *Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne*, *actes du colloque des 4 et 5 décembre 2000*, La Documentation Française, Paris, 2001, e *ivi* spec. D. SIMON, *Sinthèse généra*le, 323 ss.

[120] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 54; M. LUCIANI, *Diritti costituzionali e diritti umani. Una difficile sovrapposizione*, in AA.VV., *Diritti umani e civiltà giuridica*, a cura di CAPRIOLI-TREGGIARI, Perugia, 1992, 101 ss.

La Cassazione, nella sent. 20 aprile 1963 in tema di diritto alla riservatezza, riteneva che in virtù della Convenzione non dovesse ammettersi una tutela maggiore di quella già garantita nel nostro ordinamento, producendo la stessa effetti solo come suggerimenti al legislatore.

[121] Da ultimo cfr. Corte app. Bari, 24 aprile 2001, in *Giur. it.*, 2/2002, 303 ss. Con riferimento all'art. 8 CEDU vari giudici rimettenti sostengono l'immediata applicabilità delle norme pattizie sia *ex* art. 2 Cost. *ratione materiae*; sia *ex* art. 10 Cost., così: Pret. Monza, ord. 18 novembre 1977; Pret. Bologna, ord. 11 febbraio 1969; Pret. Milano, ord. 11 luglio 1973; Pret. San Donà di Piave, ord. 25 giugno 1968; Pret. Sampierdarena, ord. 22 aprile 1969; Trib. Milano, ord. 11 giugno 1975; Pret. Monza, ord. 18 novembre 1977; Pret. Comacchio, ord. 12 maggio 1976; Trib. Milano, ord. 30 settembre 1977; Pret. Milano, ord. 22 febbraio 1979. I passi delle relative ordinanze possono leggersi in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'applicazione giurisprudenziale in Itali*a, a cura di G. BISCOTTINI, cit.

[122] Così l'orientamento prevalente della Cassazione: cfr. ad es. sent. 24 marzo 1977, *Piaz-*

Merita un esame puntuale la nota sentenza *Medrano* del 1993 [123], con la quale la Cassazione sposa l'orientamento affermato in una decisione della Corte costituzionale di qualche mese precedente [124] circa l'atipicità della fonte e la sua particolare resistenza all'abrogazione ad opera di altre fonti primarie successive. La Suprema Corte chiarisce che «la circostanza che la disposizione di legge regolante l'espulsione (art. 86 t.u. sugli stupefacenti, originariamente prevista dall'art. 23 della l. n. 162 del 1990) sia successiva all'entrata in vigore, nel nostro ordinamento, della disposizione di origine convenzionale (26 ottobre 1955) non pone in essere alcuna situazione conflittuale riconducibile alla tematica dell'efficacia della legge nel tempo» [125]. La Cassazione ritiene inapplicabili alla Convenzione il criterio della prevalenza elaborato per riferimento alla normativa comunitaria, considerando più «corretto parlare di *particolare forza di resistenza* della normativa di origine convenzionale rispetto alla normativa ordinaria successiva. Tale particolare forza di resistenza – che la dottrina generalmente rapporta ora al criterio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, ora alla garanzia costituzionale connessa al principio *pacta sunt servanda* – è dovuta alla natura di princìpi generali dell'ordinamento che alle disposizioni della Convenzione deve essere riconosciuta, in conseguenza del suo inserimento nell'ordinamento italiano» [126].

La conclusione della Corte è supportata poi da un interessante riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee e all'art. F del Trattato di Maastricht, sui quali si tornerà più oltre nel dar conto di alcune decisioni nelle quali le autorità giurisdizionali considerano la Convenzione alla stregua del diritto comunitario [127].

---

zalunga. Nello stesso senso la giurisprudenza costituzionale (sentt. nn. 188 del 1980; 17 del 1981, 15 del 1982).

[123] Cass. pen., sez. I, sent. 12 maggio 1993, in *Cass. pen*., 1994, 440-443. La Suprema Corte annullava con rinvio allo stesso giudice per una nuova deliberazione, la decisione della magistratura di sorveglianza che, nell'applicare allo straniero condannato per reato in materia di stupefacenti la misura di sicurezza dell'espulsione *ex* art. 86 d.p.r. n. 309 del 1990, non ne aveva valutato la compatibilità con le esigenze di cui all'art. 8, comma 2 della CEDU. Nella decisione si legge (§ 4.2) «… Gli organi di tutela di Strasburgo sono costanti nel ritenere che, quando uno straniero possiede una famiglia in un Paese determinato, la decisione di espellerlo è suscettibile di compromettere l'unità familiare, ponendo gravi problemi, ai sensi dell'art. 8 Conv. che, come noto, tende essenzialmente a premunire l'individuo contro ingerenze arbitrarie da parte dei pubblici poteri (Commissione, decisione 24 aprile 1965; Rapporto 7 ottobre 1986; Corte, sent. 13 giugno 1979 *Marchx* c. *Belgio*, § 31, ecc.)» (cit., 441). La Corte ricorda che la Convenzione richiede che la misura dell'espulsione debba risultare necessaria in una società democratica e citando ancora la giurisprudenza europea chiarisce che é necessaria se proporzionata alla scopo legittimo perseguito e cioè alla salvaguardia delle istituzioni democratiche (441-2).

[124] Si tratta della n. 10 del 1993, in *Giur. cost*., 1993.

[125] Cit. § 8, 442.

[126] Cit. § 8.2, 442.

[127] Cfr. § 3.7.

3.2. (*Segue*): la sua portata normativa

Neppure soluzione univoca può darsi al quesito relativo alla portata normativa della CEDU, sulla sua idoneità a fondare diritti ed obblighi in capo ai singoli ovvero a fungere da indirizzo per il legislatore. Sul punto la stessa Corte europea ha precisato che l'obbligo previsto dall'art. 13 può, ma non necessariamente deve, essere adempiuto da ciascuno Stato attraverso il riconoscimento della diretta applicazione delle norme pattizie [128].

Anche indipendentemente dal rango che alle norme della Convenzione si riconosca nel sistema delle fonti, è la struttura stessa di tali norme – norme di principio, analoghe per certi versi alle norme costituzionali – che provoca interrogativi circa le conseguenze giuridiche che da esse si possono o si debbono trarre con riguardo a singole *res judicandae*, e dunque circa il ruolo che esse possono essere chiamate a svolgere nelle decisioni dei giudici comuni.

Non credo si possa dare una risposta generale ed uniforme a questi interrogativi, prescindendo cioè dalla specificità delle singole norme della Convenzione e dalle specificità del tessuto normativo interno in cui esse si inseriscono.

Ciò che è certo è che le norme convenzionali fanno parte a pieno titolo dell'ordinamento interno (in quanto recepite con la legge di esecuzione), e quindi il giudice è chiamato ad applicarle. Poiché esse sanciscono diritti a favore dei soggetti dell'ordinamento, si dovrebbe dire che la loro portata normativa è suscettibile di esplicarsi, potenzialmente, ogni volta che la regola del decidere che il giudice assume per il caso concreto a lui sottoposto sia suscettibile di risultare, non applicando la Convenzione, tale da dar luogo alla violazione di quei diritti in capo alle parti o ad una di esse. Si potrebbe dire che nell'individuare, e prima di applicare, la regola del decidere che egli è chiamato a formulare, il giudice deve sottoporla al «test» della sua idoneità ad evitare violazioni concrete dei diritti sanciti dalla Convenzione. Inoltre, poiché l'applicazione delle norme della Convenzione non può che essere conforme alla interpretazione che di esse dà il giudice europeo, ciò significa che i contenuti specifici alla cui luce il giudice deve sottoporre al «test» di cui si è detto la regola del decidere sono quelli risultanti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il problema, talora posto, della applicabilità diretta, o meno, delle norme della Convenzione (così come si pone quello della applicabilità diretta delle norme del diritto comunitario) è, a ben guardare, un falso problema. Le norme della Convenzione sono tutte applicabili, nel senso di imporre ai soggetti, alle autorità e ai giudici nazionali l'obbligo di non dar luogo con i loro atti a violazione dei diritti in essa statuiti. Quale sia il contenuto concreto di tale obbligo, è questione che si risolve volta per volta.

Poiché però, nella stragrande maggioranza dei casi, il rapporto giuridico dedotto in giudizio sarà regolato a vario titolo da molte altre norme di fonte inter-

---

[128] Caso *Irlanda* c. *Regno Unito*, 18 gennaio 1978.

na, si tratterà di vedere, caso per caso, come si inserisce l'applicazione della norma della Convenzione fra i disparati «materiali normativi» di cui il giudice si avvale per estrarne la regola del decidere.

L'ipotesi più diffusa e più semplice è quella in cui il richiamo alla Convenzione può condizionare – e dunque *deve* condizionare – la scelta del giudice fra più alternative interpretative del sistema normativo tutte possibili, ma di cui alcune possono risultare non compatibili con i diritti sanciti dalla Convenzione. È l'ipotesi, già esaminata, in cui si può parlare di un obbligo del giudice di seguire il canone della interpretazione conforme alla Convenzione [129]. A questo fine non c'è nemmeno bisogno di postulare un rango normativo superlegislativo delle norme convenzionali: poiché esse fanno parte dell'ordinamento, è logico che fra più interpretazioni tutte egualmente possibili il giudice debba scegliere quella in base alla quale risulti applicata, e non violata, la Convenzione.

Ci possono poi essere ipotesi nelle quali una fattispecie concreta non trovi nelle altre norme dell'ordinamento una disciplina specifica, o trovi una disciplina che prevede spazi di discrezionalità applicativa da parte di autorità, per esempio amministrative. Anche qui, se dalle norme della Convenzione si può trarre una regola del decidere adatta al caso concreto – in funzione quindi di *integrazione* dell'ordinamento (come nella sentenza *Polo Castro* che si esaminerà nel prossimo paragrafo) –, il giudice dovrà farlo: o, che è lo stesso, non potrà ragionare riconoscendo la legittimità di atti frutto di scelte discrezionali, utilizzando gli altri strumenti di integrazione dell'ordinamento a sua disposizione, come l'analogia o i princìpi generali, se ciò lo conduca ad un esito di violazione dei diritti garantiti dalla Convenzione.

Più complessi sono i casi in cui vi sia una norma interna, di rango legislativo (ché, se è di rango sublegislativo, essa cede alla legge esecutiva della Convenzione, secondo le regole generali), la quale disciplini il caso concreto in modo però che il giudice ritenga contrastante con la Convenzione, senza che sia possibile operare un adattamento interpretativo. Se si tratta di legge anteriore a quella esecutiva della Convenzione, opereranno le regole (e i limiti) consuete della efficacia abrogativa della *lex posterior* (come nel caso *Arrigoni* che si esaminerà nel § 3.5). Se invece si tratta di legge posteriore, si pone il problema della eventuale efficacia «invalidante» da attribuirsi alle norme della Convenzione, e quindi il problema del suo «rango». In pratica, molte volte il dubbio di non conformità alla

[129] La Corte di cassazione (nella sent. 14 luglio 1982 ric. *Iaglietti*) dal diritto alla parità delle armi dell'art. 6 CEDU ha innovato in senso sostanziale la concezione formale dell'equo processo desumendone conseguenze in tema di rinnovazione del dibattimento nel processo penale. Tale decisione segnava il superamento di un precedente orientamento della Suprema Corte che negava il ricorso al giudice di legittimità per violazione di norme della Convenzione. Si possono ricordare anche le sentenze *Strobl* e *Braka* sempre della Cassazione sul diritto dell'imputato ad essere informato del procedimento a suo carico in una lingua a lui comprensibile, l'art. 6 della CEDU ha consentito una lettura estensiva delle garanzie già previste nelle norme del codice di procedura penale.

Convenzione potrà accompagnarsi e confondersi al dubbio di non conformità alle norme della Costituzione che sanciscono i corrispondenti diritti (e questo può spiegare perché tante questioni di costituzionalità siano sollevate invocando fra i parametri, insieme alle norme costituzionali, anche norme della CEDU: cfr. più oltre, § 3.6). Se ciò non accade, e dunque la legge interna appaia di indubbia applicabilità ai fini della risoluzione del caso concreto, di univoco significato, e però inevitabilmente contrastante con la Convenzione, si apre un ambito problematico. Basterà dire qui, da un lato, che le norme della Convenzione, per la loro natura «sostanzialmente» costituzionale, tendono «naturalmente» a porsi come parametri di legittimità delle altre norme (e qui potrebbe aprirsi il tema della riconducibilità della Convenzione all'art. 10, o al nuovo art. 117, comma 1, Cost., ove richiama i vincoli, nei confronti anche del legislatore statale, derivanti dagli obblighi internazionali). Dall'altro lato, data la portata ampia delle norme della Convenzione, suscettibili di incidere su serie indefinite di fattispecie, ammettere il potere del giudice comune (sia pure «assistito» dalla giurisprudenza di Strasburgo) di negare *tout court* applicazione a disposizioni di legge perché ritenute non compatibili con la Convenzione significherebbe introdurre ben più che elementi di «diffusività» nel controllo sulle leggi, e avrebbe effetti ben più ampi di quelli derivanti dal potere-dovere di non applicare leggi interne «anticomunitarie» in materie «cedute» al diritto comunitario: significherebbe introdurre una breccia imponente nel nostro attuale sistema, in cui il giudice non è abilitato a negare applicazione a disposizioni di legge efficaci, pur se le ritenga invalide, senza ricorrere al previo giudizio della Corte costituzionale (artt. 101 e 134 Cost.). Si aggiunga che, non essendovi alcun meccanismo attraverso cui il giudice possa interpellare il giudice europeo, analogo alla questione pregiudiziale che può o deve essere proposta davanti alla Corte di giustizia di Lussemburgo ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, al giudice nazionale si verrebbe a riconoscere un potere sostanzialmente incontrollato di rifiutare applicazione alle leggi.

Diverso e forse meno problematico discorso potrebbe farsi con riguardo all'eventuale disapplicabilità, ad opera del giudice nazionale, di disposizioni di leggi interne già puntualmente esaminate dalla Corte di Strasburgo, da questa ritenute espressamente incompatibili con la Convenzione, e ciononostante non abrogate o modificate dal legislatore, con conseguente violazione dell'obbligo di dare esecuzione alle sentenze del giudice europeo (come nel caso *Vermiere* c. *Belgio* citato nel § 2.4).

3.3. Osservazioni a margine della sentenza «Polo Castro»

Guardando alle pronunce dei giudici comuni sulla portata normativa della decisione si ricorda, in genere come segnale di una significativa svolta, un caso di applicazione della Convenzione in funzione di «integrazione» dell'ordinamento: si tratta della nota sentenza *Polo Castro* delle Sezioni unite penali, nella quale la

Cassazione era chiamata a risolvere il contrasto giurisprudenziale circa l'ammissibilità o meno del ricorso avverso un ordine di cattura (di arresto *ex* art. 69, l. n. 330 del 1988) emesso, a richiesta del Ministro della Giustizia, dal Procuratore Generale presso la Corte d'appello o dal Procuratore della Repubblica del luogo in cui si trova una persona «di cui il Ministro intende offrire o di cui è domandata da uno stato estero l'estradizione» ai sensi dell'art. 663 c.p.p., comma 1. Sulla base dell'art. 13 e 111 Cost. e dell'art. 5 della Convenzione, la Corte conclude nel senso dell'ammissibilità del ricorso. Tale norma pattizia, infatti, se al § 1, lett. f) consente espressamente di adottare misure di coercizione personale a carico del soggetto contro il quale è in corso un procedimento di estradizione, al § 4, accorda a chiunque venga privato della libertà personale il diritto di proporre un ricorso, diretto a sollecitare una decisione sulla legalità dell'arresto o della detenzione [130].

La decisione risolve un contrasto sorto in seno alla I sezione che talvolta sosteneva, con riferimento al principio che l'imputato va tempestivamente informato delle fonti e delle ragioni dell'accusa, l'efficacia vincolante per le Alte parti contraenti della Convenzione (le sole abilitate ad adire direttamente gli organi di controllo preposti) [131]; mentre in altre decisioni, sempre con riferimento al giusto processo, ne affermava la immediata applicazione, sulla base degli artt. 1 e 13 della CEDU stessa, salvo quelle il cui contenuto fosse così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate [132]. Da un lato all'art. 1 le Alte parti contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà ivi garantiti e l'art. 13 prevede, in caso di violazione degli stessi, il diritto a presentare un ricorso avanti ad un magistrato nazionale, anche se la violazione è commessa da persone che agiscono nell'esercizio di funzioni ufficiali.

La Suprema Corte condivide quest'ultimo indirizzo giurisprudenziale e afferma, *in linea di massima*, la immediata applicazione della Convenzione sulla base della l. n. 848 del 1955, escludendo la distinzione tra norme precettive e norme programmatiche proposta dalla I sezione e sembra porsi persino oltre la giurisprudenza europea sopracitata che dagli artt. 1 e 13 e dal semplice recepimento da parte di uno Stato non faceva discendere effetti tanto generali. Ma si tratta di mera apparenza: la Cassazione conclude il ragionamento chiarendo che, ove l'atto internazionale non sia *self-executing*, cioè completo nei suoi elementi essenzia-

---

[130] Cass. sez. un. pen., sent. 8 maggio 1989, n. 15, ric. *Polo Castro*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 419 ss. e in *Cass. pen.*, 1989, 1418 ss. Nel caso di specie la Cassazione dichiara comunque inammissibile il ricorso per tardività della sua proposizione. Nello stesso senso si vedano i casi *Iaglietti* e *Verdiglione*.

[131] Cfr. sentt. 23 marzo 1983 *Fignagnani*; 20 ottobre 1983 *Bonazzi*; 7 novembre 1983 *Canale*; 19 gennaio 1984 *Giusto*. E nello stesso senso anche sez. III, 31 marzo 1978 *D'Alessio*; sez. V, 12 febbraio 1982 *De Fazio*.

[132] Cfr. Cass. sentt. 7 dicembre 1981 *Faglietti*, 20 aprile 1982 *Bonfanti*; 27 ottobre 1984 *Venditti*.

li, «le situazioni giuridiche interne da esso imposte abbisognano, perché si realizzino, di una specifica attività normativa dello Stato». Potrebbe sembrare contraddittorio escludere la distinzione fondata sulla precettività o meno e poi introdurre il concetto di *self-executing*; e in effetti non sono rare le pronunce successive [133] che richiamano la decisione a sostegno della programmaticità di una determinata norma pattizia e molti dei commentatori non sembrano rilevare la differenza tra le due nozioni che a me pare decisiva: una si compie astrattamente, l'altra per riferimento al caso che si deve regolare.

La distinzione tra norme precettive e norme programmatiche era stata superata dalla stessa Corte costituzionale con riguardo alle norme della Costituzione fin dalla sua prima sentenza (n. 1 del 1956). Ora, se anche il rinvio alla categoria delle norme c.d. *self-executing* [134] avesse la stessa *rati*o, oltre alla contraddizione in cui sarebbe caduta la Cassazione facendo rientrare dalla finestra ciò che aveva chiuso fuori dalla porta, si dovrebbe presumere che l'atto debba essere sufficientemente determinato in sé, secondo una valutazione obiettiva, senza una previa definizione dei criteri idonei a misurare la completezza dell'atto nei suoi elementi essenziali.

A mio avviso, invece, solo qualora si valuti la «sufficiente determinatezza» di una norma *per rapporto al caso* che deve regolare (e non già di per se stessa) può condursi un giudizio sull'idoneità dell'atto normativo a produrre effetti immediati e possono comprendersi le apparenti contraddizioni delle pronunce delle diverse autorità giurisdizionali sulle medesime norme della Convenzione. (Certo l'attenzione al caso obbliga ad un esame puntuale delle pronunce, che non può condursi semplicisticamente alla stregua di un collage di *obiter dicta*).

In dottrina è stato proposto di ragionare sulla base di un «rapporto di complementarietà» [135] tra norma internazionale e diritto interno, mi pare tuttavia che

---

[133] Cfr. Cass. pen., sez. un., sent. 26 aprile 1990, ric. *Vierin*, in *Cass. pen.*, 1, 1991, 389 (che, con riferimento all'art. 6 ne ha escluso la violazione ad opera della norma che consente lo svolgimento dell'appello in assenza dell'imputato che ha presenziato al procedimento di primo grado, ma non ha avuto modo di assistere al processo d'appello per cause a lui non imputabili. Nella decisione si ribadisce la presunzione di precettività delle norme della CEDU che non abbiano un contenuto meramente astratto e programmatico). Si vedano anche Cass. pen., sez. II, sent. 20 maggio 1991, n. 2823, imp. *Miglietta*, in *Mass. Cass. pen.* (che esclude la precettività del diritto ad una riparazione *ex* art. 5, § 5 CEDU con riferimento all'art. 314 nuovo c.p.p.); Cass. pen., sez. V, sent. 15 febbraio 1989, n. 2333 imp. *Grecchi*, in *Mass. Cass. pen.* (secondo la quale l'art. 6, § 3 CEDU, prevedendo il diritto dell'imputato di difendersi personalmente o di servirsi della assistenza di un difensore, pone una norma di carattere programmatico contenente una affermazione di principio senza specifici precetti e, come tale, non rappresenta una modifica legislativa delle norme del vigente codice di rito né si pone in contrasto con esse, giacché non sancisce l'esistenza di un diritto primario all'autodifesa dell'imputato a difendersi personalmente).

[134] Sull'origine e sull'uso di tale espressione si veda per tutti F. RASPADORI, *I trattati internazionali*, cit., spec. 15-19.

[135] F. RASPADORI (in *I trattati internazionali*, cit., 291 ss.) sostiene che «il rapporto di com-

si confondano i piani dell'iter logico del giudice. È ovvio, infatti, che nel momento in cui metterà in relazione il caso e la norma per individuare la regola di giudizio da applicare si avvarrà di tutti gli strumenti interpretativi a sua disposizione, compreso diritto interno e giurisprudenza europea.

Anche dopo la sentenza in commento, molti giudici hanno continuato ad assumere la distinzione norme precettive-programmatiche ai fini della decisione sulla portata normativa della Convenzione, e, a seconda della flessibilità degli indici di volta in volta assunti hanno dato soluzioni di segno diverso sulle medesime norme pattizie [136].

3.4. Il ruolo svolto dalla giurisprudenza di Strasburgo (o del mero richiamo alla Convenzione) ai fini della decisione del singolo caso: sul «seguito» vero e proprio (rinvio al § 2.2)

Una volta affrontate le due questioni preliminari rispetto all'utilizzazione della giurisprudenza della Corte EDU, ora mi pare opportuno fornire un quadro delle pronunce delle diverse autorità giurisdizionali interne assumendo come criterio di classificazione il ruolo che le norme pattizie hanno svolto nel percorso argomentativo del giudice. Questo approccio consente di farsi un'idea sulla concreta intensità con la quale la Convenzione ha permeato l'attività degli operatori giuridici interni. Come si vedrà più incisivamente nella sezione IV col confronto «obbligato» tra giurisprudenza europea e quella delle Corti d'appello italiane per riferimento al diritto alla durata ragionevole del procedimento, si assiste alla crescita di sensibilità ed attenzione dei giudici nazionali rispetto alle norme pattizie, forse anche per la consuetudine con la quale si trovano a dover applicare le normative comunitarie: sembra quasi prodursi un effetto di trascinamento di cui si darà conto in modo particolare nel § 3.7.

Se è vero, come già si è detto, che le pronunzie di condanna di Strasburgo, in

---

plementarietà delle disposizioni interne con le norme internazionali costituisce il punto centrale dell'applicazione da parte del giudice interno. Questo rapporto si realizza quando l'ordinamento nazionale si armonizza con la norma pattizia creando tutti gli elementi necessari all'immediata applicazione» (cit., 293).

[136] Con riferimento all'art. 5, § 5 CEDU si richiama il caso *Gregorio* c. *Presidenza del Consiglio dei Ministri* (sent. 12 gennaio 1999, n. 254, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2363), nel quale la Corte di cassazione ha escluso la immediata applicabilità del diritto alla riparazione in caso di ingiusta detenzione in quanto la disposizione, non indicando modalità e parametri, non risulta completa nei suoi elementi essenziali ed è perciò inidonea a creare obblighi e diritti; di avviso opposto il Tribunale di Roma (sent. 7 agosto 1984, in *Temi rom.*, 1985, II, 977).

Anche il diritto alla durata ragionevole del processo penale, nonostante la sua incontestata «programmaticità» ha trovato immediata applicazione ad opera della prima sezione penale della Corte di cassazione (sent. 24 maggio 1986, ric. *Colussi*).

quanto meramente dichiarative, non producono effetti modificativi diretti nell'ordinamento interno, allora è ovvio che è lo Stato a dover porre in essere l'attività conformativa propria derivante dalla responsabilità dell'illecito internazionale. Quando però qui si fa riferimento al «seguito», si intende, evidentemente, soltanto un'attività di tipo giurisdizionale e non anche dell'introduzione di una disciplina legislativa, della sua abrogazione, o dell'adozione di un certo provvedimento amministrativo [137].

Considerata la mancata approvazione delle proposte di legge sopra richiamate [138] per quanto riguarda il nostro ordinamento almeno, *de iure condito*, non può parlarsi tecnicamente di un seguito, la prospettiva potrebbe invece cambiare in base ai rilievi esposti nel § 2.2.

3.5. Come regola della decisione

Tra le pronunce in cui la giurisprudenza europea è utilizzata come sola regola della decisione si segnala un caso di abrogazione della normativa interna previgente rispetto all'entrata in vigore della legge di esecuzione della Convenzione. Si tratta di una decisione nella quale la sezione disciplinare del Consiglio superiore della Magistratura, sulla base del criterio della *lex posterior*, considera tacitamente abrogato dall'art. 6, § 1 della Convenzione, l'art. 34, comma 2 del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511 secondo il quale la discussione in sede disciplinare ha luogo a porte chiuse [139]. Sebbene un'interpretazione letterale della norma pattizia limita la garanzia della pubblica udienza ai giudizi civili e penali, il C.S.M. risolve positivamente la questione in virtù di una sentenza di Strasburgo che ne estende l'applicabilità anche ai

---

[137] Si rinvia sotto questi diversi aspetti all'elenco delle conseguenze delle decisioni di Strasburgo disponibile sul sito ufficiale della Corte, nel quale sono analiticamente indicati tutti i provvedimenti legislativi che sono stati assunti dai Paesi membri, e dunque anche dal nostro, in seguito a decisioni di condanna. Lo stesso inserimento della Convenzione nella delega per l'adozione del nuovo codice di procedura penale è uno di questi effetti.

[138] Cfr. *supra* § 2.2.

[139] Sent. 5 luglio 1985, ricorso *Arrigoni*, in *Foro it.*, III, 1986, 43 ss. con nota di A. Pizzorusso, *La pubblicità delle udienze nei giudizi disciplinari dei magistrati*, *ivi*, 44 ss. Nel corso di un giudizio disciplinare a suo carico, il Dott. Arrigoni aveva chiesto che il relativo dibattimento si svolgesse pubblicamente ed aveva sollevato questione di costituzionalità dell'art. 34, il C.S.M. respingeva l'eccezione d'incostituzionalità ritenendo abrogata la norma in virtù della Convenzione e accoglieva l'istanza del ricorrente.

Sempre in tema di giudizi disciplinari si vedano Cass. civ., sez. un., sent. 10 luglio 1991, n. 7662, in *Giust. civ.*, 1992, I, 742: sul regime di pubblicità del giudizio disciplinare a carico dei magistrati e TAR Lazio, sez. I, 13 febbraio 1993, n. 211, in *Foro amm.*, 1993, 1342 che considera inapplicabile l'art. 6 della Convenzione al procedimento disciplinare nei confronti degli agenti di pubblica sicurezza.

procedimenti disciplinari [140]. Secondo il C.S.M., infatti, in tali procedimenti, «pur non potendosi qualificare la posizione del magistrato incolpato in termini di diritto soggettivo privato, è oggetto di una potenziale lesione l'interesse al libero e indipendente esercizio di un'attività professionale che, pur integrando una funzione pubblica, non cessa di appartenere alla sfera individuale del singolo magistrato».

3.6. I CASI IN CUI SONO UTILIZZATE *AD ADIUVANDUM*

Nella maggioranza dei casi le norme pattizie sono richiamate soltanto a sostegno di una motivazione che trova altrove, per riferimento ad una norma interna (in genere costituzionale) o comunitaria, la sua prima giustificazione. La ragione di ciò si rinviene con ogni evidenza nella materia della Convenzione che trova già nell'ordinamento interno una sua propria disciplina e che essa contribuisce a completare, in alcuni casi essa contribuisce ad interpretare le leggi in altri per interpretare o integrare la Costituzione.

Sebbene la Corte costituzionale abbia evitato sino ad ora di inserire le norme pattizie nel c.d. *bloc de constitutionalité* (probabilmente per paura dell'insorgere di conflitti giurisprudenziali con Strasburgo e dover poi cedere il passo) non sono poche le ordinanze di rimessione nelle quali i giudici *a quibus* indicano come parametri della questione di legittimità anche le norme della Convenzione come interpretate dalla Corte dei diritti [141]. Questo segnala ancora il ruolo di «ponte» (o cuscinetto) che svolge il giudice comune tra le due Corti.

Quanto alla giurisprudenza di legittimità vengono in rilievo le numerose pronunce nelle quali si legge che le norme della Convenzione non sono che mere specificazioni delle norme interne (costituzionali) [142].

---

[140] Corte EDU sent. 23 giugno 1981, caso *Le Compte, Van Leuven, and Meyere* c. *Belgio*, in *Serie A* n. 43 ss.

Nella decisione il giudice europeo chiariva, infatti, che la garanzia della pubblicità delle udienze non può dirsi rispettata in un giudizio disciplinare svoltosi in primo luogo davanti ad organi professionali e in secondo grado davanti alla Corte di cassazione, se solo in quest'ultimo stadio il giudizio ha avuto luogo in pubblica udienza (25-26).

[141] Di recente si vedano TAR Lombardia, ord. 15 febbraio 2001, iscritta al n. 268 del Registro ordinanze del 2001 in tema di tutela *ante causam*, si richiamano gli artt. 6 e 13 della Convenzione e di una pronuncia della Corte del Lussemburgo; Trib. Milano, II sez. civ., ord. 25 gennaio 2001, iscritta al n. 224 del registro ordinanze del 2001, in tema di imparzialità del giudice del fallimento cita le decisioni della Corte europea dei diritti nelle quali si precisa che imparziali si deve non soltanto essere ma anche apparire (sent. 30 ottobre 1991, in *Rev. trim. droits de l'homme*, 1992, 201); Trib. Genova, ord. 19 settembre 2001, iscritta nel registro ordinanze n. 895 del 2001 in tema di controversie relative al rapporto di lavoro richiama la giurisprudenza europea in tema di equo processo.

[142] In tema di diritto alla riservatezza la Corte di cassazione nel caso *Petacci* (sent. 20 apri-

Anche tra i giudici di merito non mancano i richiami alla giurisprudenza europea *ad adiuvandum* [143] e nella prossima sezione si vedrà il caso peculiare delle Corti d'appello investite della competenza in tema di violazione del diritto alla ragionevole durata del processo dalla legge Pinto. In ordine all'occupazione acquisitiva, lo si ricorda a mero titolo esemplificativo, la Corte d'appello di Bari del 24 aprile 2001, dopo aver tracciato in motivazione l'intricata vicenda dell'istituto, conclude constatando che nel caso di specie sono «rispettati tutti i requisiti cui tanto la Costituzione della Repubblica che il Primo Protocollo Addizionale alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo subordina l'espropriazione, ed in particolare la privazione della proprietà è stata effettuata per causa di pubblica utilità; nelle condizioni previste dalla legge; nella salvaguardia del giusto equilibrio tra la realizzazione dell'interesse generale della collettività ed il sacrificio del diritto di proprietà del privato» [144].

Per quanto concerne le giurisdizioni amministrative invece si è detto della loro scarsa sensibilità rispetto alla giurisprudenza europea, ma ciò è dipeso più dal fatto che la materia della Convenzione sembrava sfuggire alla loro competenza [145]. Si segnalano tuttavia vari casi in cui vengono in rilievo il diritto di difesa, quello di riservatezza, la libertà di manifestazione del pensiero, di associazione, il divieto di discriminazioni e il diritto di proprietà, tra relative norme costituzionali e pattizie [146].

---

le 1963, n. 990, in *Foro pad.*, 1963, I, 513) richiama l'art. 8 della Convenzione escludendone la portata innovativa e chiarendo che tale diritto trova già tutela nell'art. 2 Cost. letto alla luce degli artt. 5, 6 e 7 c.c. (diritto al nome, all'immagine).

Sempre sul rapporto tra il 2 e l'8 CEDU: cfr. anche Cass. civ., sez. I, sent. 27 maggio 1975 n. 2129, caso *Soraya Esfandiari* c. *S.p.a Rusconi editore*, in *Riv. dir. int.*, 1980, 293; Pret. Roma, ord. 15 luglio 1986, *Cardinale* c. *Rizzoli*; Trib. Milano, sent. 17 novembre 1994, *Gruber* c. *Soc. Rizzoli*; Cass., sent. 9 giugno 1998, n. 5658, *Girardi* c. *RAI S.p.a.*, in *Foro it.*, 1998, I, 2387. Per ulteriori indicazioni si vedano F. RASPADORI, *I trattati internazionali*, cit. e da M. DE SALVIA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., 93-98; P.V. VALABREGA, *L'applicazione giurisprudenziale*, cit., 67-90.

[143] In tema di separazioni la Corte d'appello di Napoli ha con varie sentenze escluso che il potere del p.m. di impugnare le cause di separazione a prescindere dal consenso dei coniugi non violasse l'art. 8 della Convenzione in quanto previsto a difesa dell'ordine e protezione della morale: sentt. 5 luglio 1963, 14 settembre 1963, 24 settembre 1963, 4 marzo 1964. Confermate da Cass. civ., sez. I, sent. 16 novembre 1967, n. 2762, in *Giur. it.*, 1968, I, 304; sul diritto alla serenità familiare confermato dall'art. 8 CEDU cfr. Trib. Milano, sent. 18 febbraio 1988, caso *Arbia*. Per ulteriori indicazioni cfr. A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, cit., spec. 10 ss. e ancora F. RASPADORI, *I trattati internazionali*, cit. e P.V. VALABREGA, *L'applicazione giurisprudenziale*, cit.

[144] In *Giur. it.*, n. 2/2002, 303 ss., cit., 312.

[145] Per osservazioni si rinvia a C.E. GALLO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani*, cit., 449 ss. e G. GRECO, *La Convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, cit., 25 ss.

[146] Si vedano di recente alcune pronunce di Tribunali amministrativi regionali che hanno accordato misure *ante causam* sulla base degli artt. 6 e 13 della Convenzione e di una diretti-

Nel prossimo paragrafo si noterà anche la particolare sensibilità del giudice tributario rispetto all'applicazione della Convenzione come interpretata nella giurisprudenza del suo organo di controllo, sebbene piuttosto interessanti, sembrano tuttavia casi isolati, legati, forse alla figura del singolo giudice.

3.7. La «prevalenza» della CEDU sulla norma interna incompatibile come diritto comunitario: casi «curiosi» o una via da percorrere fino in fondo?

Tra le pronunce in cui la Convenzione costituisce la regola della decisione o è comunque posta a sostegno della motivazione, meritano di essere esaminate a parte (non tanto per il loro numero quanto per i profili che consentono di mettere in luce) quelle in cui le norme pattizie sono considerate diritto comunitario – o assimilabili ad esso – ricorrendo al criterio elaborato dalla Corte costituzio-

---

va del Consiglio CE (sono casi precedenti alla riforma del processo amministrativo del 2000 e alla decisione della Corte del 2001: TAR Lombardia, sez. III, 27 ottobre 1997, n. 727; Id., 14 novembre 1997, n. 758; Id., 30 dicembre 1997, n. 814, in *Foro amm*., 1998, I, 1157. Nello stesso senso TAR Catania, sez. III, 23 aprile 1998, n. 6 che non risulta pubblicata; *contra* Cons. di Stato, sez. V, ord. 28 aprile 1998, n. 781, in *Foro it.*, 1998, III, 301. Nella sent. n. 814 il TAR Lombardia chiarisce che in materia d'appalto pubblico comunitario, ancor prima di proporre ricorso giurisdizionale con l'istanza di sospensione dell'efficacia dell'atto impugnato, allorché sussiste estrema urgenza e sono presenti i presupposti della tutela cautelare, è altresì ammissibile il ricorso *ex* art. 700 c.p.c. sul quale, anche *inaudita altera parte*, provvede il Presidente del tribunale amministrativo regionale e ciò anche in base all'art. 2, direttiva del Consiglio CE del 21 dicembre 1989, n. 665 a stregua del quale è fatto obbligo ai giudici nazionali di adottare ogni misura provvisoria, ivi compresa quella di sospensione delle procedure di aggiudicazione di un appalto, nonché di ogni ulteriore atto a ciò correlato, anche indipendentemente dalla proposizione di un'impugnazione previa nonché in base all'art. 13, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo circa l'effettività della tutela giurisdizionale all'interno dell'ordinamento nazionale e comunitario).

Sulla libertà di manifestazione del pensiero (art. 10 CEDU) cfr. TAR Lombardia, sede di Milano, 4 dicembre 1981, n. 1515, in *Trib. amm. reg.*, 1982, I, 482 relativa a trasmissioni radiofoniche verso l'estero, monopolio statale, esclusione violazione art. 10 e Cons. di Stato, sez. VI, ord. 26 ottobre 1982, n. 509, in *Foro amm.*, 1982, I, 1912. Sul diritto di difesa (art. 6) si vedano: Corte dei conti, sezioni riunite, sent. 27 marzo 1980; TAR Lombardia, sede di Brescia, sent. 28 dicembre 1994, n. 939, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 575 ss.; TAR Lazio, sez. III, sent. 26 novembre 1985, n. 1970, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 4112. Con riguardo al diritto di riservatezza (art. 8) cfr.: Cons. di Stato, sez. VI, 5 gennaio 1995, n. 12, in *Cons. Stato*, 1995, I, 65 – esclude la possibilità per il datore di lavoro di accedere a documentazione clinica di un dipendente – TAR Umbria, 10 marzo 1995, n. 84, in *Trib. amm. reg.*, 1995, I, 2411. Sul diritto di proprietà (art. 1 prot. addizionale) cfr.: Cons. di Stato, sez. IV, ord. 5 giugno 1995, n. 411, in *Giur. it.*, 1995, III, 1, 3451 – che rimette all'adunanza plenaria valutazione possibilità per l'A. di reiterare i vincoli aventi effetto espropriativo con compressione del diritto di proprietà del privato – applicazione dec. Corte EDU 24 settembre 1981 concernente la Svezia.

nale, con la sent. n. 170 del 1984, della non applicazione della norma interna incompatibile [147].

Il problema dell'estensibilità di un simile ragionamento si era posto in giurisprudenza già negli anni settanta dopo le prime pronunce sul punto del giudice delle leggi, mentre la Cassazione aveva evitato espressamente di pronunciarsi [148].

Tuttavia un interessante sviluppo della posizione della Suprema Corte si rinviene più di recente nella sentenza *Medrano*, sopra esaminata, nella quale, pur escludendo il parallelo col diritto comunitario, richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in cui si dice che i giudici nazionali devono applicare la Convenzione in quanto vincolati ai princìpi generali del diritto comunitario tra cui tali norme rientrano [149] e ciò, aggiunge la Cassazione, a maggior ragione dopo l'inserimento della lett. F) nel Trattato di Maastricht.

Prima di proporre alcune osservazioni mi pare suggestivo richiamare anche alcune decisioni delle giurisdizioni di merito che hanno espressamente equiparato la Convenzione al diritto comunitario.

Si segnalano anzitutto tre decisioni del Tribunale di Genova [150]: in tutte il giu-

---

[147] Per una sintesi della giurisprudenza costituzionale sul punto cfr. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 162 ss.

[148] Caso *Soraya*, sent. 27 maggio 1975, n. 2129, in *Riv. dir. int*., 1980, 293 ss. La Cassazione, pur rilevando gli indirizzi della Corte cost. con la sent. 183 del 1973 sull'applicabilità del diritto comunitario, evita espressamente di pronunciarsi sull'estensibilità anche alla CEDU di tale ragionamento.

[149] Si vedano le decisione della Corte di giustizia: sent. *Nold* del 14 maggio 1974 e sent. *Hauer* del 13 dicembre 1979.

[150] Due delle decisioni, pur dovendo far applicazione delle medesime disposizioni, pervengono a conclusioni contrastanti sulla base di una diversa interpretazione dell'art. 6 della Convenzione. Con la sent. 23-30 novembre 2000 n. 4114 rel. *De Matteis* (in *Bollettino ligure di giurisprudenza del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1 del 2001, 1-3), il collegio ritiene che la normativa interna (art. 1, comma 183, l. n. 662 del 1996) ai sensi della quale va disposta l'estinzione d'ufficio dei giudizi promossi dagli assicurati contro l'INPS in seguito alle sentenze della Corte cost. n. 240 del 1994 e n. 495 del 1993 non è in contrasto con l'art. 6, § 1 della Convenzione di Roma, in quanto tale «norma comunitaria» non fa riferimento – a differenza dell'art. 24 Cost. – a posizioni soggettive oggetto di tutela giurisdizionale, cosicché uno Stato membro dell'Unione può legittimamente sottrarre determinate materie alla giurisdizione, anche disciplinando una causa speciale di estinzione dei processi. Di segno opposto la conclusione della sent. 8 novembre 2000 giud. *Gelonesi*: «La normativa interna (art. 1, comma 183, l. n. 662 del 1996 e comma 5 dell'art. 36, l. n. 448 del 1998) ai sensi della quale andrebbe disposta, con la compensazione delle spese, la estinzione di ufficio del presente giudizio a prescindere dalla volontà del comportamento delle parti e pur in difetto di uno spontaneo riconoscimento in corso di causa del diritto fatto valere, va disapplicata da questo giudice per contrasto con l'art. 6 della Convenzione, e va conseguentemente dichiarato, con sentenza non definitiva, che non sussistono gli estremi per pronunciare l'estinzione del presente giudizio mentre con separata ordinanza si provvede alla ulteriore trattazione del merito» (cit., 7). Secondo il giudice dall'art. 6 discende che il soggetto che instaura ritualmente un processo, e ritualmente lo coltiva, ha diritto ad una decisione nel merito, a meno che il diritto fatto valere in

dice si sofferma ampiamente a ragionare prima sulla immediata applicabilità della Convenzione e poi su quale sia il criterio cui ricorrere in caso di incompatibilità tra norma interna e norma pattizia [151]. Sul primo punto viene richiamata in particolare la sentenza *Polo Castro* [152] e gli artt. 1 e 13 della Convenzione, mentre sul problema dell'eventuale incompatibilità tra norme si richiama la giurisprudenza della Corte costituzionale concludendo: «i rapporti fra le norme dello Stato italiano da un lato, le norme comunitarie e quelle della Convenzione dall'altro sono retti dai medesimi princìpi. Queste ultime prevalgono sul diritto interno, in cui sono direttamente applicabili, in forza di una limitazione della sovranità dello Stato che trova fondamento nell'art. 11 Cost.» [153].

In una delle tre decisioni citate [154] il giudice aggiunge che l'equiparazione, quanto ad efficacia, delle norme pattizie con quelle comunitarie discenderebbe anche dall'art. F), § 2 del Trattato U.E., in base al quale l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Mi pare, tuttavia, che dal ragionamento analogico tra norme pattizie e norme comunitarie che aveva guidato la motivazione della pronuncia, si passa a considerare le prime vero e proprio diritto comunitario in virtù del loro recepimento nel Trattato quali princìpi generali dell'ordinamento comunitario, senza che, in realtà, la fattispecie in esame fosse disciplinata dal diritto comunitario.

Sotto questo profilo più significativa è una decisione del 2000 della Commissione tributaria regionale di Milano sezione V nella quale si censura la tassazione di prestiti obbligazionari avvenuta «sulla base di una disposizione legislativa messa in vigore dallo Stato italiano in violazione non soltanto del diritto comunitario, ma anche in violazione di uno dei diritti fondamentali (il diritto di proprietà) contemplati dalla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» [155]. Sulla base della giurisprudenza di Strasburgo

---

giudizio non sia spontaneamente riconosciuto in corso di causa dalla controparte, con conseguente cessazione della materia del contendere (cfr. 5). Nella terza decisione, la sent. 4 giugno 2001 est. *Gelonesi* (in *Foro it.*, 2001, 2653 ss.), il giudice disapplica, per contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la disciplina della l. n. 608 del 1996 che, in deroga alla l. n. 203 del 1962, non consente al giudice di operare la conversione in contratto a tempo indeterminato del contratto di lavoro del dipendente dell'Ente poste italiane al quale sia stato illegittimamente apposto un termine.

[151] Cfr. 2 e 6 e 2658.

[152] Esaminata nel § 3.3.

[153] Cit., 7 e 2660 (testo identico).

[154] Si tratta di quella del 2001.

[155] Comm. trib. reg. di Milano, sez. V, sent. 19 settembre 2000 (Pres. Bozzi), in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 160 ss., cit., 162. Il giudice tributario confermava la decisione di primo grado, condannando l'Ufficio del registro al rimborso dell'imposta indebitamente pagata dalla ricorrente in sede di registrazione di una delibera di emissione di un prestito obbligazionario. L'art. 11 della direttiva del Consiglio dei Ministri della Comunità Europea del 17 luglio

(sentenza *Beyeler* del 5 maggio 2000 e sentenza *Belvedere* del 30 maggio 2000, § 56), infatti, l'art. 1 del Protocollo n. 1 richiede che l'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto al rispetto dei beni sia legale.

Il mancato rimborso al contribuente dell'imposta pagata indebitamente si poneva in contrasto dunque sia con l'art. 79 del testo unico dell'imposta di registro (che già prevedeva il diritto al rimborso per chi, come la ricorrente, ne aveva presentato tempestiva domanda), sia col diritto comunitario (che vietava la tassazione dell'emissione dei prestiti obbligazionari), sia con l'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU (in sé e in quanto principio generale del diritto comunitario ai sensi dell'art. 6 del Trattato dell'Unione *ex* art. F Trattato di Maastricht).

Sebbene ai fini del giudizio sarebbe stato sufficiente rilevare l'avvenuta violazione dell'art. 79 del t.u., il giudice mette in gioco le norme pattizie, soffermandosi sul loro rango (ribadito da Corte cost., sent. n. 10 del 1993 e in base all'art. 11 Cost.), sul carattere *self executing* (in quanto precisate dalla giurisprudenza della Corte EDU) e appunto sul loro rapporto con il diritto comunitario in base all'art. 6 Trattato U.E. [156].

Lo stretto legame così instaurato tra diritto convenzionale e comunitario rafforzerebbe, secondo il giudice tributario, la posizione delle norme CEDU quando il diritto vantato dal ricorrente trovi il proprio fondamento nel diritto comunitario.

Viene da chiedersi allora se in questi casi il giudice nazionale possa adire la Corte di Lussemburgo *ex* art. 234 del Trattato per questioni interpretative sorte sulle norme pattizie invocate in quanto princìpi generali del diritto comunitario. Al giudizio concreto di Strasburgo si affiancherebbe un giudizio astratto «indiretto» (perché condizionato dalla giurisprudenza della Corte europea) sulle norme ad opera della Corte di giustizia delle Comunità europee, le cui deci-

---

1969 n. 69/335/CEE alla lett. b) vietava tra l'altro l'imposizione su «prestiti, ivi compresi le rendite, contratti sotto forma di emissione di obbligazioni o di altri titoli negoziabili, quale che sia il loro emittente e tutte le formalità ad essi relative, nonché la creazione, l'emissione, l'ammissione in borsa, la messa in circolazione o la negoziazione di tali obbligazioni o di altri titoli negoziabili». Il d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 634 ignorava la direttiva continuando a prevedere una tassazione pari all'1% dell'ammontare deliberato, solo nel 1986 con l'adozione del nuovo testo unico dell'imposta di registro (d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131) l'ordinamento interno si adeguava alla disciplina europea eliminando la tassazione dell'emissione di obbligazioni con effetto retroattivo, limitato ai casi in cui alla data del 1° luglio 1986 fosse pendente controversia o fosse stata presentata domanda di rimborso dell'imposta già pagata (art. 79).

[156] Per un commento della decisione si veda C. LEONE, *Tassazione dei prestiti obbligazionari, Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 166 ss.

Si segnala, infine, l'ord. 11 aprile 2002 della Corte d'appello Roma, sez. lav., (pres. *Sorace*) che sulla base degli argomenti sopra esposti disapplica il limite di reddito indicato dalla l. n. 533 del 1973 «essendo chiaramente in contrasto, perché irrisorio, con il principio effettivo del gratuito patrocinio dei non abbienti fissato dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo, resa esecutiva con l. n. 848 del 1955». La decisione è leggibile sul sito internet *www.giust.it.*

sioni hanno portata normativa certa a differenza di quelle della Corte EDU.

Infine, merita qualche osservazione l'opinione del giudice secondo il quale il rapporto tra ordinamento interno nazionale e la CEDU sia il medesimo ormai generalmente riconosciuto a quello esistente tra l'ordinamento nazionale ed i trattati istitutivi della CEE fondandosi anch'esso sull'alinea dell'art. 11 Cost.

Per la verità, tale orientamento [157], che non ha mai trovato riscontro nella giurisprudenza costituzionale [158] né ha trovato molti consensi in dottrina [159], mostra, tuttavia, qualche utilità sul piano pratico nella misura in cui serve a garantire che gli operatori giuridici interni, tra cui com'è ovvio i giudici di merito, si considerino non solo giudici e funzionari dello Stato, ma anche giudici e funzionari della Convenzione, come sono giudici e funzionari del diritto comunitario [160].

Mentre il presente scritto era già in bozze sono state depositate le prime decisioni della Cassazione sul rimedio della legge Pinto che si pronunciano anche sul punto qui in discussione [161].

---

[157] Cfr. P. MORI, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana*, in *Riv. dir. int.*, 1983, 306 ss.

[158] Sin dalla sent. n. 188 del 1980, in *Giur. cost.*, 1980, 1612 ss. spec. 1626-27 in cui si esclude che le norme convenzionali rientrino nella sfera di operatività dell'art. 11 non essendo rinvenibile in esse alcuna limitazione della sovranità nazionale. Nello stesso senso da ultimo cfr. la sent. n. 388 del 1999, in *Giur. cost.*, 1999, 2994 ss. con note di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2997-3001 e L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, *ibidem*, 3001-3011.

[159] *Contra* per tutti cfr. V. ONIDA, *Relazion*e, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 97 ss. il quale rinviene la difficoltà ad adottare anche per la CEDU una soluzione analoga a quella adottata dalla Corte costituzionale per il rapporto col diritto comunitario dato che la Convenzione a differenza dei trattati comunitari non dà luogo ad un sistema di fonti del diritto e dato che i diritti umani non sono una materia dalla quale il diritto nazionale possa «ritirarsi». G. ZAGREBELSKY (in *Convenzione europea: Costituzione italiana = Corte europea: Corte costituzionale*, cit., 74) pur ritenendo che le norme convenzionali si sarebbero dovute inserire nel c.d. *bloc de constitutionnalité* spiega la mancata estensione ad esse della forza speciale, di tipo paracostituzionale, di cui godono attualmente le norme del diritto primario e secondario dell'ordinamento dell'Unione europea, non già per ragioni di ordine squisitamente logico giuridico, ma perché «è mancato uno stimolo come quello determinato dal celeberrimo conflitto tra la Corte di giustizia e la Corte costituzionale».

Più in generale sulla copertura delle carte internazionali sui diritti umani *ex* art. 11 Cost. si veda G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, cit., spec. 371-376.

[160] Così B. CONFORTI, *Intervento e replica*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Atti dell'incontro fra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo, Roma 2 novembre 2000, 56 ss. e 100 ss., spec. 101-102.

[161] Il Supremo Collegio chiarisce: «Ancorché debba riconoscersi alla giurisprudenza del-

Sezione IV – Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giudici comuni e Corte Europea a confronto [162]

4.1. Premessa

Sebbene possano segnalarsi anche altri casi interessanti [163], a conclusione della ricerca si esamina finalmente nel merito la vicenda relativa al diritto alla ragionevole durata del processo sulla quale si è insistito in varie occasioni nel corso del lavoro. Essa consente da un lato di saggiare il livello di integrazione che si è instaurato tra giurisprudenza italiana ed europea, e dall'altro, più in generale, di constatare come, in effetti, le condanne subite dall'Italia riguardino, in grande

---

la Corte di Strasburgo, quanto ai criteri da essa elaborati per la valutazione della ragionevole durata del processo, valore di precedente, di cui non si può non tener conto, ai fini della interpretazione del contenuto dell'art. 2, l. n. 89 del 2001 – nella misura in cui questo richiama l'art. 6 della Convenzione EDU, cui quella giurisprudenza propriamente si riferisce – ciò però che deve escludersi è, infatti, l'asserito *vincolo diretto* che dalla sentenza CEDU deriverebbe per il Giudice italiano. Diversamente dalle sentenze della Corte di giustizia Europea di Lussemburgo – che al pari dei regolamenti del Consiglio CE, hanno (per i profili dell'interpretazione della normativa comunitaria) diretta efficacia nell'ordinamento interno ai sensi dell'art. 189 del Trattato CEE (cfr. Corte cost. n. 113 del 1985 in relazione a n. 170 del 1984) e, se pronunciate in sede di rinvio pregiudiziale, vincolano espressamente il giudice rimettente – per le sentenze della Corte EDU non sussistono, nel quadro delle fonti, analoghi meccanismi normativi che ne prevedano la diretta vincolatività per il giudice interno. Dal che quindi, a maggior ragione, l'impossibilità di attribuire, nel nostro ordinamento, a dette sentenze l'efficacia del «giudicato», di cui all'art. 2909 c.c.» (Cass. civ., sez. I, sent. 8 agosto 2002, n. 11987). Nello stesso senso anche Cass. civ., sez. I, sentt. 2 agosto 2002, nn. 11592 e 11573.

[162] Nella presente sezione si è tenuto conto anche del d.l. 11 settembre 2002, n. 201 (recante misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia) che modifica la legge Pinto e delle prime decisioni della Corte di cassazione.

[163] Ancora in tema di occupazione espropriativa cfr. Corte EDU, sez. II, 30 maggio 2000 – *Belvedere Alberghiera s.r.l.* c. *Italia* (art. 1 prot. n. 1 CEDU), e Corte EDU, sez. II, 30 maggio 2000 – *Carbonara e Ventura* c. *Italia* (Art. 1 prot. n. 1 CEDU) con riferimento alla sent. 25 febbraio 2000, n. 2148 della Cassazione (in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1084 ss.) e alle sentenze del Trib. Matera, 24 febbraio 2001 e Corte app. Bari, 24 aprile 2001, in *Giur. it.*, n. 2/2002, 303 ss. con ampio commento di M. Robles, *Il giudice nazionale, la Corte di Strasburgo ed il tormentato «dialogo» sulla proprietà*, cit., 303-310.

Un altro caso riguarda la libertà di associazione dei magistrati: sul punto cfr. Corte EDU, *Affaire Grande Oriente D'Italia di Palazzo Giustiniani* c. *Italia* decisione del 2 agosto 2001 e Corte EDU, *Affaire N.F.* c. *Italia* decisione del 2 agosto 2001 per rapporto ad una pronuncia della Sezione disciplinare del CSM confermata dalla Cassazione.

Per maggiori ragguagli si veda E. Crivelli, *Libertà di associazione, riserva di legge e appartenenza di un magistrato alla massoneria: spunti da una decisione della Corte di Strasburgo*, in *Giur. cost.*, 2001, 3014 ss.

prevalenza, non tanto assetti legislativi ma concrete scelte e condotte di autorità giurisdizionali (o amministrative) [164].

Il numero delle pronunce dei giudici nazionali di prima istanza è già tale da consentire, ad un anno dall'entrata in vigore della legge Pinto, di fare un primo bilancio di alcuni degli orientamenti che si sono andati affermando [165].

Il ponte di collegamento tra le due giurisprudenze è dato dal riferimento esplicito all'art. 6, § 1 della CEDU e ai criteri elaborati da Strasburgo contenuto nell'art. 2, l. n. 89 del 2001. L'assenza del richiamo al nuovo art. 111 Cost. si spiega forse considerando l'imbarazzo e anche l'inopportunità di far apparire questo rimedio riparatorio come il primo provvedimento assunto in attuazione della riforma costituzionale; nonostante sia probabile che indirettamente produca anche qualche effetto acceleratorio sulla durata dei processi [166], esso sostanzialmente «converte» un obbligo primario di rendere una prestazione giudiziaria tempestiva in una sorta di obbligazione pecuniaria surrogatoria [167].

4.2. Le *délai raisonnable* a Strasburgo

La *ratio* della norma a garanzia della durata ragionevole è ovvia: la celerità dei procedimenti giudiziari, di qualunque natura essi siano, garantisce che la giustizia sia resa in modo efficace e credibile [168].

---

[164] Così V. Onida, *Relazione*, in *Atti del Convegno in onore di P. Barile*, cit., 13-14 dattiloscritto.

[165] Alla fine dello scorso mese di febbraio, a meno di un anno dall'entrata in vigore della legge (18 aprile 2001), si contavano 700 condanne a carico del Ministero della giustizia e della Presidenza del Consiglio (cfr. *Corriere della sera* del 25 febbraio 2002, 6). Con 6000 ricorsi si paventava il rischio di paralisi delle Corti d'appello prive dell'organico necessario a fronteggiare il nuovo e consistente carico di lavoro (senza considerare che il numero non contiene ancora tutti gli 11.776 ricorsi pendenti a Strasburgo che potevano essere riassunti fino al 18 aprile 2002 (in base alla proroga di 6 mesi disposta col d.l. 12 ottobre 2001, n. 370).

Sempre con riferimento al febbraio 2002, si contano 65 ricorsi in Cassazione.

L'Avvocatura generale dello Stato chiedeva al Governo un decreto legge per introdurre un tentativo obbligatorio di conciliazione preventivo rispetto al ricorso davanti alla Corte d'appello (cfr. D. Stasio, su *Il Sole 24 Ore* del 26 febbraio 2002). Il d.l. 11 settembre 2002, n. 201 (pubbl. in *G.U.* 18 settembre 2002, n. 219) all'art. 1 ha introdotto nella legge Pinto proprio tale meccanismo (cfr. art. 2-*bis*).

[166] E indipendentemente dall'effetto acceleratorio diretto che discende dall'art. 1, come si è già ricordato nel § 1.3 alla nota n. 26.

[167] In questo senso anche Verde, *Giustizia e garanzie nella giurisdizione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 299 ss., spec. 312. Per una comparazione tra il nuovo art. 111 Cost. e l'art. 6 CEDU si veda Tarzia, *L'art. 111 cost. e le garanzie europee del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1 ss., spec. 17 ss.

[168] Cfr. *ex multis* Corte, caso *H.* c. *Francia*, § 58. Per un esame completo e sintetico della

Dei limiti all'ambito di applicazione della tutela ci si è soffermati nel § 1.4, cui si rinvia, basti ricordare qui come la Corte europea sia andata ben oltre la lettera dell'art. 6, § 1 CEDU, assumendo una nozione autonoma (rispetto alle qualificazioni proprie del diritto interno) e piuttosto ampia sia di «controversia civile» che di «accusa penale», fino a comprendere tra le prime anche quelle aventi natura amministrativa nelle quali sia in gioco una pretesa patrimoniale e non sia prevalente un interesse di diritto pubblico [169].

Oltre ad una sintetica disamina dei criteri pretori di valutazione della ragionevole durata, si devono precisare le modalità elaborate dal giudice europeo per la misurazione dell'*eccesso di durata*: una volta determinata la lunghezza del procedimento mediante la non sempre semplice individuazione di un *dies a quo* e di un *dies ad quem* dello stesso [170], si sottraggono i tempi considerati «normali» in base agli standard europei (e cioè tre anni di durata media per il primo grado di giudizio, due per il secondo e uno per il giudizio di Cassazione). Inoltre, l'eccessiva durata può essere dichiarata anche prima che il procedimento sia pervenuto alla sua conclusione [171].

Come ulteriori coordinate generali per stabilire ciò che, in un determinato caso, può essere considerato «durata ragionevole» sono da ricordare i criteri dei quali la Corte si è costantemente avvalsa e che sono esplicitamente richiamati dalla disciplina interna.

Anzitutto, secondo l'organo di giustizia europeo, si deve badare alla *complessità del caso* nel senso di considerare la complessità strutturale del procedimento, che può essere determinata o da una pluralità di imputazioni connesse o da una pluralità di competenze contemporanee o da elementi legati, ad esempio, alla sicurezza dei testimoni [172].

---

portata della garanzia si veda M. CHIAVARIO, *Sub art. 6*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., spec. 209-216.

[169] Sull'applicabilità dell'art. 6, § 1 al procedimento innanzi al TAR in materia di contributo alle famiglie con figlio disabile cfr. Corte EDU, 5 ottobre 2000 (Grande Camera) *Mennitto* c. *Italia*, in *Corr. giur.*, n. 1/2001, 102; sull'applicabilità in materia di funzione pubblica cfr. decisione di irricevibilità 26 settembre 2000 (sez. I) *Rotondi* c. *Italia* (ricorso n. 45343/99), in *Corr. giur.*, n. 5/2001, 680 e altri casi di irricevibilità; sulla inapplicabilità dell'art. 6 ai procedimenti di espulsione di stranieri: Corte EDU 5 ottobre 2000 (Grande Camera) *Maaouia* c. *Francia*, in *Corr. giur.*, n. 3/2001; sull'inapplicabilità dell'art. 6 ai procedimenti tributari cfr. Corte EDU 12 luglio 2001 (Grande Camera) *Ferrazzini* c. *Italia*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1236. In dottrina si veda G. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 367 ss., spec. 370-371.

[170] Sul punto si veda M. CHIAVARIO, *Sub art. 6*, in *Commentario alla Convenzione*, cit., spec. 209-211 e per indicazioni giurisprudenziali M. DE SALVIA, *Compendium*, cit., 175.

[171] Cfr. da ultimo Corte EDU, sent. 5 ottobre 1999, *Donsimoni* c. *Francia*, §§ 30-31.

[172] Ad esempio nel caso *Guillemin*, al § 42, la Corte afferma che «il procedimento di espropriazione presenta una relativa complessità, in particolare per ciò che concerne la competenza di due diversi ordini di giurisdizioni: il tribunale amministrativo per la regolarità delle operazioni di espropriazione e il tribunale ordinario per il trasferimento dei beni in oggetto, per

Particolarmente significativa, poi, è la *condotta tenuta dalle autorità competenti* dato che lo Stato può essere chiamato a rispondere solo dei ritardi che gli siano imputabili e in ordine all'operato di tutte le sue strutture, non soltanto delle autorità giudiziarie [173]. Secondo la giurisprudenza europea, inoltre, non possono ricadere sul singolo procedimento né eventuali riforme legislative [174], né il sovraccarico di ruoli di un tribunale [175]. La Corte si è mostrata sempre più severa nei confronti dei ritardi dovuti all'inefficienza strutturale dell'organizzazione giudiziaria in Italia, tanto da giungere con alcune sentenze del luglio 1999 [176] a dichiarare espressamente l'esistenza, nel nostro Paese, di una prassi non conforme alla Convenzione, inaugurando una fase della giurisprudenza europea, peraltro non ancora esaurita, che potremmo chiamare di «smaltimento dell'arretrato» [177].

In ordine al *comportamento del ricorrente* la Corte censura soltanto eventuali attività processuali meramente dilatorie, ma non si spinge sino a richiedere una collaborazione attiva con l'autorità giudiziaria [178].

---

la determinazione dell'indennizzo e in generale per i pregiudizi alla proprietà privata. Inoltre le due giurisdizioni possono, come nella fattispecie, essere adite simultaneamente: una per decidere sulla regolarità della fase iniziale del procedimento, l'altra per regolare le conseguenze di una decisione di espropriazione la cui legittimità faccia oggetto di controversia davanti all'altra giurisdizione. Tale situazione comporta il rischio di decisioni confliggenti, che un pronto esame delle domande potrebbe contribuire a diminuire».

[173] Nella sent. 26 settembre 1996, caso *Zappia* c. *Italia*, la Corte considerava irragionevole un lasso di tempo di 23 anni per un caso ancora pendente e non connotato da particolare complessità, attribuendone la responsabilità alla condotta delle autorità competenti; si legge: «… almeno 13 udienze furono aggiornate sia a causa del trasferimento del giudice, d'ufficio o immotivato, sia a causa delle disfunzioni della cancelleria.

Inoltre, il rapporto relativo al supplemento di perizia disposto il 31 dicembre 1992 non è ancora stato depositato in cancelleria. In proposito la Corte sottolinea che il perito presta la sua opera nell'ambito di un procedimento giudiziario controllato da un giudice al quale spettano l'istruttoria e la conduzione celere del processo» (§ 25).

Più in generale cfr. anche Corte, caso *Moreira de Azevedo*, § 73.

[174] Nella sent. 23 aprile 1998, *S.R.* c. *Italia*, al § 21 si legge, infatti: «la Corte prende atto degli sforzi dispiegati sul piano legislativo dall'Italia in materia di competenza e organizzazione della corte dei conti. Tuttavia, l'introduzione di una simile riforma non può giustificare ritardi, poiché spetta allo Stato predisporne l'entrata in vigore e l'attuazione in modo da non protrarre la trattazione dei casi pendenti».

[175] Nella sent. 12 maggio 1999, *Saccomanno* c. *Italia*, la Corte precisa che «il sovraccarico del ruolo del tribunale di Palmi all'epoca non è una spiegazione valida. Infatti, l'art. 6.1 obbliga gli Stati contraenti ad organizzare il loro sistema giudiziario in modo tale che i tribunali possano soddisfare ciascuno dei suoi requisiti, in particolare quello della ragionevolezza del termine» (§ 25).

[176] D*i Mauro, Bottazzi, Ferrari e altre* citate nel § 1.3.

[177] Esaminando le condanne per irragionevole durata del procedimento dal 1999 al 2002 si noterà la stringatezza delle motivazioni nella parte in diritto, la Corte si limita spesso al semplice richiamo di precedenti ed in particolare proprio delle sentenze *Bottazzi, Di Mauro*, ecc.

[178] In questo senso cfr. ancora il caso *Saccomanno* c. *Italia*, § 24. Sempre con riferimento al

In materia civile poi si deve considerare anche la c.d. *posta in gioco*, di per sé (*enjeu*) o in quanto legata alla complessità del caso (*nature de l'affaire*); attraverso questo criterio la Corte richiede alle autorità una diligenza eccezionale nell'assicurare la celerità dei procedimenti riguardanti beni della vita di rilievo come la salute, la famiglia, il lavoro [179].

C'è da chiedersi, infine, sino a che punto queste linee guida siano vincolanti per il giudice italiano: può ricostruire autonomamente significato e portata normativa dei criteri fissati nell'art. 2 della legge nazionale, ad esempio fissando, in via generale ed astratta, una «soglia» ragionevole di durata, oppure (fissando) standard diversi di valutazione dei medesimi criteri? È certo che se adottassero una linea meno rigorosa di quella europea il rimedio *de quo* diventerebbe un mero strumento dilatorio rispetto al ricorso a Strasburgo [180], ma per farsi un'idea sul punto conviene dare subito una scorsa alle decisioni dei giudici di merito interni.

4.3. Le prime pronunce delle Corti d'appello

L'art. 3 della legge attribuisce alle ventisei Corti d'appello distribuite sul territorio nazionale [181], in base al criterio fissato dall'art. 11 c.p.p. per i procedimenti

---

sistema giuridico italiano, la Corte (caso *Scopelliti*, § 25) ha precisato che il principio dispositivo che regge il procedimento civile «non dispensa tuttavia il giudice dall'assicurare il rispetto dei requisiti dell'art. 6 in materia di termine ragionevole (…)». Del resto, l'art. 175 del codice di procedura civile prevede che il giudice istruttore «esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento».

[179] Nella sent. 18 febbraio 1999, caso *Laino* c. *Italia*, la Corte ricorda come «nei casi che concernono lo *status* delle persone, l'importanza della controversia per il ricorrente è parimenti un criterio pertinente e, inoltre, impone una diligenza particolare in considerazione delle eventuali conseguenze che una lentezza eccessiva può comportare, in particolare, sul godimento del diritto al rispetto della vita familiare» (§ 18). Con riguardo ad un caso di risarcimento del danno subito a causa del contagio del virus dell'AIDS cfr. Corte, caso *X* c. *Francia*, § 47; per incidente stradale cfr. Corte, caso *Silva Pontes*, § 39; sul contenzioso di lavoro cfr. Corte, caso *Trevisan*, § 18.

[180] In questo senso si esprime anche la Corte di cassazione sent. settembre 2002 (*Varricchio* c. M*inistro della giustizia e Presidenza del Consiglio dei Ministri*). Si legge: «Un'operazione ermeneutica che si risolvesse in un'interpretazione elusiva dei principi affermati in sede europea non soltanto si porrebbe in contrasto con le finalità perseguite dalla l. n. 89 del 2001 (e segnatamente, con l'esigenza di dare concreta attuazione all'impegno assunto con la Convenzione), ma renderebbe vano lo scopo pratico di tale legge …». Per approfondimenti mi sia concesso rinviare a B. Randazzo, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo: giurisprudenza italiana ed europea a confronto*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2002, in corso di pubblicazione.

[181] Cfr. la tabella prevista dalla l. 2 dicembre 1998, n. 420 (curiosamente solo la Corte d'appello Cagliari, in base a questo meccanismo, finisce col non avere alcuna competenza).

riguardanti i magistrati, la competenza a decidere in prima battuta sulle domande di equa riparazione.

Nonostante la deroga eccezionale al normale criterio di competenza sia posta proprio a garanzia dell'imparzialità, è la giurisdizione «domestica» in quanto tale a suscitare perplessità: in questo caso, infatti, non si tratta tanto di giudicare la condotta illecita di un altro magistrato (anche se possono emergere rilievi in ordine alla sua responsabilità *ex* l. n. 117 del 1988) [182], ma di sanzionarne in genere «l'incapacità organizzativa», anomala per gli standard europei, e magari «normale» per quelli italiani.

In base al quarto comma dell'art. 3 della legge sono applicabili le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio (artt. 737 e ss. c.p.c.) [183] e pertanto la forma della decisione è quella del decreto.

Dalle pronunce che è stato possibile sinora reperire [184], credo si possa senz'al-

---

[182] L'art. 5 della legge n. 89 prevede infatti che «il decreto di accoglimento della domanda è comunicato a cura della cancelleria, oltre che alle parti, al procuratore generale della Corte dei conti, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di responsabilità, nonché ai titolari dell'azione disciplinare dei dipendenti pubblici comunque interessati dal procedimento». Per osservazioni si veda A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto process*o, cit., 90 ss.

[183] Non ci si sofferma qui sulla questione della compatibilità del rito camerale previsto nella norma con la tutela giurisdizionale dei diritti, sul punto si rinvia a COMOGLIO, *Difesa e contraddittorio nei procedimenti in camera di consiglio*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 719 ss.

[184] I decreti editi esaminati sono i seguenti: Corte app. Ancona, 10 agosto 2001, in *Guida al dir.*, n. 43/2001, 62 ss.; Corte app. Brescia, 29 giugno 2001, *D'Ingianti* c. *Ministero della giustizia*, in *Foro it.*, 2002, 236 e 256 ss.; Corte app. Brescia, 8 febbraio 2002, *Lombardi* c. *Ministero della giustizia*, in *Dir. e giust.*, n. 11/2002, 52 ss.; Corte app. Catanzaro, 30 luglio 2001, *Bertolotti* c. *Ministero della giustizia*, in *Foro it.*, 2002, 234 e 249 ss.; Corte app. Genova, 28 agosto 2001, in *Guida al dir.*, n. 47/2001, 64 ss.; Corte app. L'Aquila, 23 luglio 2001, *Ricci* c. *Ministero della giustizia*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1185 ss.; Corte app. L'Aquila, 23 luglio 2001, *Olmi* c. *Ministero della giustizia*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1188 ss.; Corte app. Milano, 29 giugno 2001, *Sbuelz* c. *Ministero della giustizia e Presidente del Consiglio dei Ministri*, in *Corr. giur.*, 9/2001, 1190 ss.; Corte app. Potenza, 15 ottobre 2001, *Pomarico* c. *Ministero della giustizia*, in *Foro it.*, 2002, 232 e 237 ss.; Corte app. Torino, 25 giugno 2001, in *Guida al dir.*, n. 41/2001, 19 ss.; Corte app. Torino, 5 settembre 2001, *Bertagna* c. *Ministero della giustizia*, in *Foro it.*, 2002, 233 e 240 ss.; Corte app. Roma, 10 luglio 2001, *Corbo* c. *Ministero della giustizia*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1183 ss.

I decreti ancora inediti: Corte app. Brescia, 23-30 agosto 2001, *Ahrens Kristin* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 23 gennaio 2002, *Pepe* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 6 febbraio 2002, *Angiolillo* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 6 febbraio 2002, *Sordi* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 27 febbraio 2002, *Meneghin* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 6 febbraio 2002, *Gatti* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Brescia, 6 febbraio 2002, *Erba* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Messina, 18-19 giugno 2001, *Rinaudo* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Perugia, 18-30 ottobre 2001, *De Sanctis* c. *Ministero delle Finanze*, riportata su *Il Sole-24 Ore* del 27 febbraio 2002; Corte app. Perugia, 15-22 ottobre 2001, *De Cristofaro* c. *Presidenza del Consiglio dei Ministri*; Corte app. Perugia, 10-18 dicembre 2001, *Muratori e altri* c. *Presidenza del*

tro rilevare che la maggioranza dei decreti riguarda la violazione del termine ragionevole di durata nei giudizi civili, a conferma di quanto emerso già in sede europea.

Quanto all'atteggiamento di fondo dei giudici nazionali in ordine alla giurisprudenza della Corte dei diritti, mi pare altresì di poter concludere nel senso che l'orientamento di fondo sia stato quello di recepirne «in astratto» gli indirizzi [185], facendone non di rado, tuttavia – come si dirà tra breve – applicazioni concrete non sempre coerenti.

Sul calcolo dei tempi processuali non vi sono particolari differenze, considerato che anche l'art. 2 della legge, al comma 3, chiarisce che la riparazione deve essere riconosciuta per il solo periodo eccedente la durata ragionevole dell'*iter* giudiziario; in genere, infatti, i giudici hanno assunto come parametri di riferimento gli standard europei [186]. In contrasto con l'orientamento consolidato di

---

Consiglio; Corte app. Perugia, 14-23 gennaio 2002, *Giordano* c. *Presidenza del Consiglio*; Corte app. Perugia, 25 febbraio-7 marzo 2002, *Di Maria* c. *Presidenza del Consiglio*; Corte app. Perugia, 18 febbraio-7 marzo 2002, *Borrelli e altri* c. *Presidenza del Consiglio*; Corte app. Perugia, 8-30 ottobre 2001, *Marcheggiani* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 18-30 ottobre 2001, *Sielli* c. *Ministro della Giustizia*; Corte app. Perugia, 1-11 ottobre 2001, *Natali* c. *Ministero della Giustizi*a; Corte app. Perugia, 1-18 ottobre 2001, *La Vecchia* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 11-28 febbraio 2002, *Avecone* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 28 gennaio-13 febbraio 2002, *Meluzzi* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 11-28 febbraio 2002, *Testori* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 11-28 febbraio 2002, *Casaburi* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 11-28 febbraio 2002, *Di Donato* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 22-30 ottobre 2001, *Pepe* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 15-18 ottobre 2001, *Napoleone* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 15-30 ottobre 2001, *Bordin* c. *Ministro della Giustizia*; Corte app. Perugia, 14-23 gennaio 2002, *Tomaselli* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 14-23 gennaio 2002, *Pantaloni* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 18-28 marzo 2002, *Genesi* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Perugia, 20-28 febbraio 2002, *Capodiferro* c. *Ministero della Giustizia*; Corte app. Roma, 30 ottobre 2001, *Manna* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Torino, 12 novembre 2001, *Peroglio Mantese* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Trento, 10-31 luglio 2001, *Babolin* c. *Ministero della giustizia*; Corte app. Trento, 10-13 luglio 2001, *Varricchio* c. *Ministero della giustizia e Presidente del Consiglio dei Ministri*.

[185] Cfr. *ex multis* cfr. Corte app. Brescia (caso *D'ingianti*), in *Danno e resp.*, n. 10/2001, 959 ss. Secondo i giudici bresciani «la circostanza che come fatto produttivo del danno il legislatore italiano preveda immediatamente la violazione della richiamata norma della Convenzione autorizza e anzi impone di rintracciare i necessari canoni interpretativi nella giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo che, sul tema, ha infatti modo di emettere numerose pronunce anche nei confronti dello Stato italiano. Il ricorso a questa giurisprudenza appare poi tanto più utile in quanto la stessa l. n. 89, all'art. 2, comma 2, ha finito per assumere come propri i parametri che quell'organo di giustizia ha elaborato al fine di decidere se nei casi volta in volta sottoposti al suo esame fosse rimasta inappagata l'esigenza del rispetto del *delai raisonnable*» (cit., 960).

[186] La Corte app. Perugia (caso *Bordin*) chiarisce che l'accezione «ragionevole durata del processo» deve venir rapportata non già alla media di durata dei processi in Italia, bensì a

Strasburgo, ma soprattutto con la lettera della legge [187], è una decisione della Corte d'appello di Brescia che respinge un ricorso poiché il giudizio d'appello non era ancora concluso [188].

Più interessante la valutazione della *condotta delle autorità competent*i. Si segnala un decreto della Corte d'appello di Milano in cui si fa una formalistica applicazione del criterio. I giudici milanesi non accolgono il ricorso adducendo di non poter valutare, nell'accertamento della violazione del termine ragionevole di durata, il comportamento della Conservatoria dei Registri immobiliari, dato che le Conservatorie «non rientrano tra le "autorità" considerate dalla legge, non essendo un organo amministrativo chiamato a "concorrere o contribuire", né istituzionalmente né nel caso specifico, alla definizione del procedimento di esecuzione». Sempre per la Corte milanese il fatto che il certificato servisse al ricorrente «per corredare un ricorso in sede giudiziaria (…) non vale a collocare la Conservatoria "all'interno" del procedimento, cioè a configurarla come organo interessato alla sua definizione» [189].

In un altro caso, invece, il sovraccarico di lavoro dell'organo giudicante, questa volta in piena linea con la consolidata giurisprudenza europea, non è stato ritenuto sufficiente ad escludere la violazione del termine di durata ragionevole di un processo penale [190].

In riferimento al *comportamento del ricorrente* sempre nel medesimo procedimento penale si è chiarito che «la progressione del giudizio attraverso le varie fasi fino alla decisione è del tutto sottratta al principio dispositivo e non è quindi configurabile alcun onere, in capo all'imputato, di sollecitare adempimenti che

---

quella europea, essendo indispensabile muoversi nell'ottica dell'art. 6, § 1 della l. 4 agosto 1955, n. 848. Nello stesso senso ancora Corte app. Perugia (casi *Avecone*, *Genesi*, *La Vecchia*, *Tomaselli*).

[187] Cfr. art. 3, comma 1 della l. n. 89 del 2001.

[188] La Corte app. Brescia (caso *Erba*).

[189] Nel caso *Sbuelz*, cit., 1194, il ricorrente lamentava il grave rallentamento subito nel procedimento di cognizione e di successiva esecuzione immobiliare (iniziato nel 1992 e terminato nel 2000) a causa del mancato aggiornamento dei registri immobiliari.

[190] Nella sentenza della Corte app. Brescia (caso *D'Ingianti*), cit., si legge: «il diritto alla definizione del processo in un termine ragionevole si pone, nel contesto dell'art. 6 della Convenzione, come un diritto assoluto e incomprimibile, di fronte al quale sorge un vero e proprio obbligo, in capo allo Stato, di predisporre le opportune misure legislative e organizzative che siano in grado di consentire ai propri organi di pervenire alla decisione delle cause nel rispetto dei criteri posti dalla norma suddetta. In sostanza, la valutazione del termine ragionevole del processo deve essere formulata in termini meramente oggettivi, indipendentemente da ogni indagine in termini di addebitabilità o di imputabilità della violazione stessa all'uno o all'altro degli organi dello Stato» (cit., 960). Nello stesso senso Corte app. Brescia (caso *Lombardi*), in *Dir. e giust.*, n. 11/2002, 52 ss., spec. 54; Corte app. Messina, 19 giugno 2001, cit.

fanno carico esclusivamente – nei modi e nei tempi direttamente regolati dalla legge – all'Ufficio procedente» [191].

Il criterio della *posta in gioco* è stato in vari casi utilizzato *a contrario* rispetto alla sua *ratio* originaria (per restringere la pretesa all'equa riparazione del ricorrente anziché per accoglierla con maggior larghezza), e non ai fini della valutazione della ragionevole durata, bensì per la quantificazione del risarcimento. Secondo la Corte d'appello di Roma «per quanto poi concerne più specificamente il danno morale è indubbio che sebbene determinabile, solo in via equitativa, non essendo monetizzabile il *pretium doloris* deve comunque rapportarsi alla sofferenza, al disagio, all'ansia, alla preoccupazione procurata dal prolungarsi del giudizio oltre il termine di ragionevole durata del processo, ma soprattutto agli *interessi in gioco* essendo fin troppo evidente che una cosa è la pendenza di un giudizio civile che riguarda aspetti delicati della vita affettiva e di relazione, quali affidamento di minori o riconoscimento di paternità o maternità, o, sempre nel campo civile, che riguarda rilevanti interessi patrimoniali che incidono sull'assetto economico e sociale dell'interessato ed altro è, come nel caso di specie, la definizione di un giudizio di trascurabile valore economico, per soli danni alle cose» [192].

In merito al criterio della *complessità della causa* non vi sono osservazioni di rilievo [193].

Infine, quanto ai soggetti che possono proporre l'azione per ottenere l'equa riparazione, mentre Strasburgo non fa differenza tra persone fisiche e persone giuridiche, si registrano viceversa decisioni contrastanti nella giurisprudenza di merito italiana [194]. Tuttavia nelle prime decisioni relative a ricorsi di una società

---

[191] Cfr. ancora la decisione della Corte app. Brescia (caso *D'Ingianti*), cit., 961; nello stesso senso Corte app. Brescia (caso *Lombardi*), cit., 53.

[192] Caso *Corbo*, cit., 1184 (mio il corsivo). Nello stesso senso cfr. anche la Corte app. L'Aquila, nei casi *Ricci* e *Olmi*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1185 ss. la Corte chiarisce che: «se di tale parametro la Corte di Strasburgo ha sempre tenuto conto al fine della determinazione del termine ragionevole, non si vede perché esso non debba costituire un fondamentale criterio-guida nella liquidazione dell'equa riparazione. Un conto, infatti, è attendere per anni il risarcimento del danno per contagio da virus H.I.V. a seguito di trasfusione, trattandosi di posta «decisiva» per l'attore (Corte EDU, 30 ottobre 1998, *F.E.* c. *Francia*) altro, invece, è l'attesa di un risarcimento del danno da sinistro stradale senza conseguenze per la salute della persona, in cui la lungaggine del procedimento è, peraltro compensata dal risarcimento del danno da svalutazione monetaria» (cit., 1187 e id., 1190).

[193] Cfr. ad esempio Corte app. Ancona, 10 agosto 2001, in *Guida al dir.*, n. 43/2001, 63 ss. in cui si riconosce la complessità della causa per sinistro stradale caratterizzata da un numero elevato di parti (venti) e dal numero e dalla tipologia delle questioni e delle controversie introdotte dalle stesse.

[194] L'azione delle persone giuridiche è ammessa dalla Corte app. Trento, 31 luglio 2001 e negata da Corte app. Brescia, 23 luglio 2001.

immobiliare, la Corte di cassazione non ha messo in discussione la legittimazione ad agire della stessa [195].

4.4. L'ambito di applicazione della legge

L'art. 2 della legge non precisa se il diritto all'equa riparazione sorge indipendentemente dal tipo di procedimento (civile, penale, amministrativo, contabile, militare o tributario) ovvero solo con riferimento ad alcuni di essi; la questione parrebbe risolta dall'art. 3, se non fosse che, in realtà, dal primo e dal terzo comma, possano trarsi interpretazioni di segno opposto.

Al comma 3 si legge che: «il ricorso è proposto nei confronti del Ministro della giustizia, quando si tratta di procedimenti del giudice ordinario, del Ministro della difesa quando si tratta di procedimenti del giudice militare, del Ministro delle finanze quando si tratta di procedimenti del giudice tributario. Negli altri casi è proposto nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri» [196]. Quest'ultima proposizione lascerebbe pensare che il ricorso sia ammesso contro qualunque tipo di procedimento, anche amministrativo e contabile, e, a parte l'anomalia del mancato esplicito richiamo a tali processi, la disposizione, non indicando i limiti entro i quali il ricorso può essere presentato, parrebbe da intendersi in senso più ampio rispetto all'indirizzo europeo.

D'altro canto, però, sempre l'art. 3, al comma 1, fissando la competenza «per distretto» delle Corti d'appello, consentirebbe anche una interpretazione più restrittiva della disposizione dato che, com'è noto, le giurisdizioni amministrativa e contabile hanno base regionale.

La giurisprudenza sembra aver escluso una simile lettura della norma e per ora lo si può solo desumere da alcune decisioni nelle quali la Corte d'appello di Perugia, in ordine a giudizi amministrativi e contabili, si limita a dichiarare la propria incompetenza *territoriale* (riconoscendola in capo ad altra Corte) [197].

---

[195] Cfr. Cass. civ., sez. I, sentt. 2 agosto 2002, nn. 11573 e 11592.

[196] L'art. 2 del d.l. 11 settembre 2002, n. 201 ha modificato il comma 3 escludendo i ricorsi per i procedimenti davanti al giudice tributario come si dirà più oltre nel testo.

[197] Cfr. decreto 15-22 ottobre 2001, *De Cristofaro* c. *Presidenza del Consiglio dei Ministri* relativo ad un procedimento ancora pendente davanti al TAR della Val d'Aosta; più interessante ai nostri fini il decreto 10-18 dicembre 2001, *Muratori e altri* c. *Presidenza del Consiglio* relativo ad un giudizio instaurato davanti al TAR del Lazio per ottenere il riconoscimento di benefici retributivi nell'ambito del rapporto con la p.a., dato che la Corte di Perugia è competente proprio per il distretto di Roma. Nella motivazione si chiarisce che la deroga eccezionale alle regole per la determinazione della competenza territoriale *ex* art. 11 c.p.p. si giustifica a garanzia dell'imparzialità soltanto con riguardo ai magistrati ordinari operanti in uffici giudiziari del medesimo distretto di Corte d'appello, che è circoscrizione propria della magistratura ordinaria e non di quella amministrativa o militare. Tale esigenza (di imparzialità) «non è per alcun

In ordine ai procedimenti tributari, che pure a Strasburgo ricevono – dal punto di vista della ragionevole durata – un trattamento particolare, si segnala una pronuncia della Corte di Perugia che condanna il Ministero delle finanze al pagamento del danno morale per eccessiva durata di un processo tributario durato 17 anni. L'Avvocatura dello Stato eccepiva l'inammissibilità della domanda per inapplicabilità della normativa invocata dal ricorrente ai procedimenti tributari, richiamando la decisione della Corte europea sul caso *Ferrazzini*[198]. I giudici perugini respingono l'eccezione richiamando il comma 3 dell'art. 3 e aggiungendo che «nulla vieta al legislatore nazionale di prevedere per i cittadini una tutela più ampia di quella assicurata dall'art. 6 della convenzione»[199]. La decisione ha trovato eco anche sulla stampa quotidiana[200].

L'art. 2 del d.l. 11 settembre 2002, n. 201, modificando il comma 3 dell'art. 3 della legge Pinto, ha escluso dal ricorso i procedimenti di competenza del giudice tributario, restano ammissibili solo quelli relativi a procedimenti tributari rilevanti penalmente.

4.5. Natura del rimedio e onere della prova («tariffario» europeo e «tariffario» nazionale)

Si conclude la sezione con l'esame di alcuni profili che, sebbene possano apparire secondari, in realtà registrano, come si poteva prevedere, gli scostamenti più marcati tra le due giurisprudenze: da un lato sulla diversa rigidità in ordine alla prova

---

verso configurabile qualora la dedotta violazione del termine di ragionevole durata del processo riguardi cause che sono state promosse davanti a giudici non appartenenti all'Autorità giudiziaria ordinaria». Di identico contenuto il decreto 14-23 gennaio 2002, *Giordano* c. *Presidenza del Consiglio*. Con riguardo alla Corte dei conti ribadiscono che la competenza territoriale deve essere determinata con gli ordinari criteri e quindi la causa può essere conosciuta dalla Corte d'appello nel cui territorio sia avvenuto il fatto generatore della responsabilità per equa riparazione: decreto 25 febbraio-7 marzo 2002, *Di Maria* c. *Presidenza del Consiglio* e decreto 18 febbraio-7 marzo 2002, *Borrelli e altri* c. *Presidenza del Consiglio*. Sul Consiglio di Stato c'è un riferimento nel decreto 15-23 ottobre 2001 *Massa* c. *Presidenza del Consiglio* ove si legge: «non rileva se il Consiglio di Stato operi come giudice di legittimità o di merito, ma rileva invece che, essendo esso al vertice della giurisdizione amministrativa, non può essere preso in considerazione, al pari ad esempio della Corte di Cassazione, ai fini dell'individuazione della Corte d'appello territorialmente competente nei procedimenti in questione. Altrimenti, dovrebbe giungersi alla conclusione che tutti i processi definiti o pendenti davanti al Consiglio di Stato in secondo grado apparterrebbero alla competenza della Corte di appello di Perugia, anche qualora in primo grado il giudizio si sia svolto dinanzi al TAR dell'Umbria».

[198] Sent. 7 settembre 2001, già citata.

[199] Si tratta del decreto 18-30 ottobre 2001, *De Sanctis* c. *Ministero delle finanze*.

[200] Cfr. *Il Sole-24 Ore* del 27 febbraio 2002.

del danno non patrimoniale e dall'altro circa la determinazione del *quantum* [201].

Senza entrare nella diatriba sulla natura del «diritto» ad una equa riparazione (risarcitoria, come lascerebbe intendere l'art. 2, comma 3, secondo il quale il giudice determina la riparazione a norma dell'art. 2056 c.c. oppure indennitaria come potrebbe intendersi in base all'art. 3, comma 7 che si riferisce ad indennizzi nei limiti delle risorse disponibili) [202], ciò che interessa mettere in rilievo è che le Corti d'appello hanno adottato due orientamenti distinti: alcuni giudici, in linea con l'orientamento europeo, per accordare i danni non patrimoniali reputano sufficiente l'accertamento della lesione del diritto costituzionale all'efficace tutela giurisdizionale [203]; altri invece ne richiedono una prova precisa come per quelli patrimoniali [204]. La Corte di cassazione ha riconosciuto la natura indennitaria dell'equa riparazione proprio sulla base del dato testuale: il richiamo all'equità, il limite delle risorse disponibili e l'uso del termine indennizzo (*ex* art. 3, comma 7 della l. n. 89) [205].

Anche sulla liquidazione del risarcimento vi sono significative differenze tanto da condurre a distinguere il «tariffario europeo» da quello nazionale [206]. Strasburgo prevedeva in genere la liquidazione di circa due milioni di lire (ora mille euro) per ogni anno di ritardo in primo grado e su questa base arrivava in genere a liquidare danni per decine di milioni di lire (in media 20-30).

Le decisioni di accoglimento delle Corti italiane sembrano aver abbattuto della metà le tariffe europee [207], prevedendo così condanne più modeste a carico dello Stato.

---

[201] Cfr. ad esempio F. MACCHIAROLI, *Tra Corte di Strasburgo e giudice nazionale non sempre c'è sintonia*, in *Dir. e giust.*, n. 11/2001, 56-57.

Si ricordi inoltre che hanno fatto discutere sin da subito le disposizioni finanziarie previste dalla legge (art. 7) e ritenute irrisorie rispetto alla misura della condanne annuali di Strasburgo: vengono stanziati 12.705 milioni di lire a decorrere dall'anno 2002 e l'ammontare pare inadeguato se si considera l'entità media dei risarcimenti accordati dal giudice europeo (20-30 milioni per violazione).

[202] In dottrina si vedano A. DIDONE, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto proces*so, cit., 36 ss.; R. MARTINO, *Sul diritto all'equa riparazione …*, cit., 1077-1079, secondo cui si tratterebbe di una obbligazione riconducibile alla tutela aquiliana, e quindi alla responsabilità (oggettiva) dello Stato, anche se ciò risulta non facilmente conciliabile con l'indicazione dell'art. 3, comma 7 (indennizzi nei limiti …).

In varie decisioni i giudici pongono la questione senza prendere posizione: cfr. ad es. Corte app. Milano (caso *Sbuelz*).

[203] In questo senso Corte app. L'Aquila (casi *Ricci* e *Olmo*).

[204] In questo senso Corte app. Roma (caso *Corbo*) e Corte app. Torino (caso *Bertagna*).

[205] Cfr. Cass. civ., sez I, sent. 8 agosto 2002, n. 11587. Per ulteriori osservazioni mi sia concesso il rinvio a B. RANDAZZO, *Equa riparazione e ragionevole durata del processo*, cit.

[206] Sul punto si leggano le osservazioni in nota alle *Prime dialettiche pronunce risarcitorie di applicazione della Legge Pinto: nascita di un faticoso «tariffario»*, in *Corr. giur.*, n. 9/2001, 1183 ss.

[207] Si veda a titolo esemplificativo Corte app. Perugia (caso *Carosi*); conforme al «tariffario europeo» Corte app. Genova, 28 agosto 2001, cit.

Osservazioni di sintesi e conclusive

L'analisi muove dalla considerazione che i giudici comuni sono anche giudici del «diritto convenzionale» CEDU così come sono giudici del diritto comunitario, e che con la Corte dei diritti non vi è un meccanismo di raccordo «processuale» analogo a quello dell'art. 234 Trattato U.E. Ho allora deciso di esaminare il rapporto giudici comuni-Corte EDU secondo due prospettive: da un lato con riguardo a ciò che la Convenzione (con la relativa giurisprudenza della Corte EDU) dice e richiede a proposito dei giudici nazionali: in altre parole si è cercato di chiarire chi sono *i giudici secondo la Convenzion*e; dall'altro ho ragionato intorno a ciò che i giudici sono chiamati a fare e fanno in applicazione della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU: e dunque, in altre parole, si è dato uno sguardo *alla Convenzione nelle mani dei giudici.*

Alla prima prospettiva, *i giudici secondo la Convenzione*, è dedicata la sezione prima della ricerca da cui risulta anzitutto come essi costituiscano la prima istanza di tutela dei diritti sanciti nella Convenzione; la procedibilità dei ricorsi a Strasburgo è infatti condizionata al previo esperimento dei rimedi davanti ai giudici (o più in generale alle istanze) nazionali. La responsabilità internazionale dello Stato nasce solo se ed in quanto esso non sia stato in grado di riparare alla violazione all'interno del proprio ordinamento giuridico; la regola afferisce ai princìpi del diritto internazionale generalmente riconosciuti e si fonda in particolare sui princìpi di sovranità e di sussidiarietà. In sintesi essa costituisce il filtro rispetto ai ricorsi internazionali ed impone agli Stati di garantire ai soggetti ricorsi interni effettivi.

La Convenzione, inoltre, sancisce, il *diritto al giudice* (e a un giudice terzo ed imparziale, che opera in un processo equo e di ragionevole durata: art. 6) per la tutela di tutte le posizioni soggettive protette dal diritto nazionale e non solo dei diritti sostanziali protetti dalla Convenzione. A questo proposito merita un cenno la questione della tutela in tema di diritto elettorale, in cui la nostra Costituzione riserva alle Camere (delle quali è discutibile possa parlarsi come di un giudice terzo e imparziale) il giudizio sui titoli di ammissione dei loro membri, e dunque, secondo l'interpretazione invalsa, anche della regolarità delle operazioni elettorali. Con la decisione sul caso *Ricci* c. *Italia* del gennaio 1998, la Commissione europea (si badi: non la Corte) ha dichiarato inammissibile il ricorso di un elettore italiano a tutela del proprio diritto ad un giudice terzo ed imparziale per la decisione sul reclamo avverso elezioni svoltesi in modo ritenuto non regolare, escludendo l'applicabilità dell'art. 6, § 1 a garanzia di tale diritto, appunto in quanto politico. In realtà, come si sa, il «diritto al giudice» garantito dall'art. 6 dovrebbe riguardare la protezione giudiziaria di qualsiasi posizione soggettiva riconosciuta di diritto sostanziale, così come è esteso a tutte le posizioni protette dal diritto sostanziale il diritto alla tutela giudiziaria sancito dall'art. 24 Cost. (anche se sul contenzioso elettorale politico pure la Corte costituzionale, con l'ord. n. 512 del 2000, ha evitato, con una decisione di inammissibilità, di pronunciarsi sul problema).

Un'altra questione merita di essere almeno accennata in questa sede, e riguarda l'ammissibilità del ricorso alla Corte dei diritti nel caso in cui un giudice italiano di ultima istanza non rimetta una questione pregiudiziale sul diritto comunitario alla Corte di Lussemburgo: mancando nel nostro ordinamento il ricorso diretto alla Corte costituzionale (la Corte tedesca, in un caso del genere, ha accolto la *Verfassungsbeschwerde*) appare senz'altro prospettabile il ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione del diritto al giusto processo ai sensi dell'art. 6, § 1 quando, come risulta dalla giurisprudenza europea, tale rifiuto appare «*comme entaché arbitraire*».

Una questione generale, che è ripresa nelle successive sezioni della ricerca, è quella se la Convenzione imponga agli Stati anche la istituzione di istanze giurisdizionali per ottenere forme di equa soddisfazione nel caso di avvenuta violazione, non altrimenti rimediabile, di diritti garantiti dalla Convenzione. La Corte di Strasburgo, nella decisione *Kudla* c. *Polonia* dell'ottobre 2000, ha affermato questo principio (con ciò ponendo le premesse perché l'esperimento del ricorso interno, una volta istituito sia ritenuto condizione necessaria per il ricorso a Strasburgo, secondo il principio di sussidiarietà), ma solo con riguardo al caso della violazione del diritto alla durata ragionevole del processo. È su questa base che in Italia la legge Pinto ha introdotto un rimedio simile.

Sembra evidente però che l'esigenza di una apposita giurisdizione interna «risarcitoria» nasca soltanto in situazioni nelle quali non solo la violazione (come nel caso della durata del processo), una volta intervenuta, non è altrimenti rimediabile, ma, inoltre, sussista – come sussiste in Italia – una situazione di diffusa violazione del diritto, per le lentezze della giustizia.

Quanto alla seconda prospettiva, e cioè *la Convenzione nelle mani dei giudici*, si sono messi in rilievo in particolare tre punti: 1) le decisioni di condanna della Corte EDU obbligano gli Stati ad eseguirle anche in via giudiziaria (mediante riparazione pecuniaria o mediante *restitutio in integrum* – sezione seconda); 2) il seguito giurisprudenziale delle decisioni della Corte dei diritti e l'applicazione giudiziaria della Convenzione nell'ambito del diritto nazionale (sezione terza); 3) il caso del diritto al risarcimento per violazione della durata ragionevole del processo tra legge Pinto e art. 6, § 1 CEDU (sezione quarta).

1. In ordine al problema dell'esecuzione delle decisioni della Corte EDU si ricorda che in base all'art. 41 della Convenzione «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». Una sentenza di condanna fa nascere, dunque, in capo allo Stato anzitutto l'obbligo di rimuovere le cause della violazione, ripristinando la situazione anteriore alla stessa (obbligo di *restitutio in integrum*); solo in seconda battuta la violazione darà diritto al risarcimento eventualmente riconosciuto dal giudice europeo a titolo di equa soddisfazione: sembra realizzarsi così una sorta di sussidiarietà anche sul piano delle conseguenze della sentenza della giurisdizione

sovranazionale. Per ottemperare all'obbligazione di risultato che discende dall'accertata violazione, le autorità nazionali dovrebbero dunque stabilire misure idonee, individuali o generali, a seconda dell'atto statale che ha determinato tale violazione. La Corte ha in varie occasioni ribadito la propria incompetenza ad indicare agli Stati misure riparatorie specifiche.

Venendo ad esaminare nel merito i contenuti dell'obbligazione che grava sullo Stato nei confronti del quale è stata riconosciuta la responsabilità per la violazione della Convenzione, si è concentrata l'attenzione su quelli che coinvolgono in qualche misura la figura del giudice interno, la sua attività, le sue decisioni.

Non emergono questioni particolarmente significative sull'obbligo diretto dello Stato al pagamento delle somme dovute a titolo di equa soddisfazione; resta solo da chiarire se per individuare la competenza del giudice italiano, non essendoci, a quanto mi risulta, giurisprudenza sul punto, possa bastare ricomprendere la sentenza di Strasburgo tra gli atti che costituiscono titolo esecutivo *ex* art. 474 c.p.c. (anche se manca della formula esecutiva di cui all'art. 475 c.p.c.) o se si debba riconoscerle al massimo l'idoneità, in quanto prova scritta, a fondare l'emissione di un decreto ingiuntivo *ex* art. 633 c.p.c.

Senz'altro più interessante, invece, è la problematica concernente le misure individuali o generali che lo Stato deve adottare, a sua discrezione, per ripristinare la situazione precedente alla constatata violazione (c.d. obbligo indiretto o di risultato). Sebbene siano quantitativamente più numerose le condanne al risarcimento in forma pecuniaria a titolo di equa soddisfazione, la *restitutio in integrum* costituisce, infatti, l'elemento primario e naturale dell'obbligazione che incombe sullo Stato in caso di illecito internazionale secondo la giurisprudenza e la prassi diplomatica.

Dà luogo a particolari problemi l'accertamento della violazione del diritto all'equo processo.

Qui l'ostacolo a realizzare una *restitutio in integrum* deriva evidentemente dal fatto che, per riaprire il processo, occorrerebbe mettere in discussione il giudicato normalmente già formatosi (se infatti fosse ancora possibile ripristinare l'equità del processo non ancora definitivamente concluso, la legittimazione a ricorrere alla Corte dei diritti potrebbe essere negata per mancato esperimento previo dei rimedi interni).

Il giudice europeo pareva da principio per lo più orientato a ritenere che la mera constatazione della violazione dell'art. 6 costituisse, di per sé, una sufficiente compensazione degli svantaggi processuali subiti dall'accusato. In seguito, i giudici di Strasburgo ritennero in molti casi che si potesse affermare che il ricorrente aveva subito «*a loss of real opportunities*» o che, comunque, fosse opportuno risarcire almeno economicamente le sofferenze morali derivanti dall'ingiustizia subita. Anche quest'ultimo orientamento sembra ora in via di superamento, tendendosi a estendere anche in queste ipotesi l'esperibilità di rimedi riparatori *(restitutio in integrum)* e non meramente risarcitori. Nel contesto del Consiglio d'Europa si è dibattuto, infatti, dell'opportunità di introdurre con uno strumento internazionale l'obbligo per gli Stati di prevedere meccanismi di revi-

sione delle sentenze a seguito delle pronunce della Corte di Strasburgo [cfr. la Raccomandazione n. R (2000) 2 del Comitato dei Ministri].

Meccanismi volontari di riapertura dei processi a seguito di violazioni dell'art. 6 della Convenzione sono stati già adottati da diversi Paesi [cfr. documento DH-PR(99) 10 – del Comitato di esperti per il miglioramento delle procedure di protezione dei diritti dell'uomo].

Sebbene allo stato attuale la necessità di un meccanismo *ad hoc* non sia stata ancora consacrata in una pronuncia della Corte, l'opinione dissenziente del giudice Zupancic espressa a riguardo della sentenza *Lucà* c. *Italia* del febbraio 2001 afferma che nei casi di violazione delle garanzie sostanziali dell'art. 6, la Corte dovrebbe imporre allo Stato di fornire al ricorrente, secondo le modalità che lo Stato stesso vorrà stabilire, l'unica forma di *restitutio in integrum* reale ed effettiva e cioè la celebrazione di un nuovo processo conforme alle norme pattizie.

Nell'ordinamento italiano ancora non vi sono meccanismi di revisione o riapertura di processi determinate da una pronuncia di Strasburgo; perciò la censura per violazione dell'art. 6, ad esempio per ingiusta limitazione del diritto di difesa, non produce alcuna conseguenza sul giudicato interno, dato che tale ipotesi non è contemplata dal codice di procedura penale tra i motivi di revisione. Tuttavia in seno alla Commissione giustizia della Camera dei Deputati si stanno discutendo due progetti di legge che propongono di aggiungere, tra i motivi di revisione di cui al comma primo dell'art. 630 c.p.p., una lett. d-*bis*) dedicata alla constatazione della violazione dell'art. 6 della Convenzione. Entrambi i progetti aprono la via della revisione della condanna in caso di violazione di una qualsiasi disposizione dell'art. 6, § 3 (diritto di difesa). Il problema è però se possa ammettersi un rimedio così generico, che finirebbe col toccare l'autorità di giudicato della decisione interna anche in ipotesi di lievi violazioni e che rischierebbe di introdurre *tout court* un quarto grado di giudizio.

Diverso è il caso quando l'obbligo di conformarsi che grava sullo Stato condannato concerne violazioni derivate da provvedimenti interni che, per loro natura, non raggiungono mai la definitività tipica del giudicato, come i provvedimenti in materia di volontaria giurisdizione o molti di quelli in materia di rapporti fra coniugi o di affidamento dei figli.

Viene qui in rilievo la sentenza *Scozzari e Giunta* c. *Italia* del luglio 2000 in tema di minori, in cui il giudice europeo (dopo aver precisato che sotto il controllo del Comitato dei Ministri lo Stato condannato è chiamato non solamente al risarcimento del danno, ma anche a scegliere le misure generali o individuali idonee a porre termine alla violazione e a rimuoverne, per quanto possibile, le conseguenze) condannava lo Stato per violazione dell'art. 8 della Convenzione e il Tribunale dei minori di Firenze adottava di conseguenza una serie di nuovi provvedimenti volti ad integrare il numero di incontri – disposti dal medesimo Tribunale in seguito alla sospensione dell'autorità parentale – tra madre e figli.

Benché non ci si nascondano le perplessità generate dal forte impatto che lo sviluppo di questi orientamenti è in grado di produrre in seno all'organizzazione

interna della giustizia, d'altro canto non si può neppure esimersi dal rilevare il pericolo di una monetizzazione *tout court* della responsabilità per mancato rispetto dei diritti dell'uomo: se per i diritti patrimoniali ciò può forse accettarsi, non può certo essere così per le violazioni più gravi dei diritti garantiti dalla Convenzione.

2. Con riguardo agli effetti interni delle pronunce della Corte dei diritti, si devono anzitutto distinguere quelli che discendono dalla condanna e costituiscono il contenuto dell'obbligo di conformazione che grava sullo Stato, dall'interpretazione delle disposizioni pattizie che conducono la Corte alla pronuncia: la differenza sembra persino banale, eppure spesso i piani vengono sovrapposti.

I primi obbligano solo lo Stato riconosciuto responsabile della violazione (efficacia *inter partes*), mentre le interpretazioni concernenti le norme pattizie rese dalla Corte dei diritti, seppure per riferimento al singolo caso, producono effetti nei confronti di tutti gli Stati membri e di tutti i soggetti interessati (efficacia *erga omnes*). Una volta recepita la Convenzione nell'ordinamento interno, e indipendentemente dal rango che le si riconosca nel sistema delle fonti, non mi pare infatti si possano frapporre ostacoli al riconoscimento del valore di precedente vincolante ad una decisione della Corte limitatamente alla definizione della portata normativa della Convenzione stessa (c.d. autorità di cosa interpretata). Quando un sistema a garanzia dei diritti si dota di un giudice *ad hoc*, mi sembra difficile negare che a questo spetti l'ultima parola sul contenuto dei diritti tutelati, e ciò nonostante non si tratti di un'autorità giurisdizionale sovraordinata rispetto a quelle nazionali. Esso infatti svolge la funzione essenziale di fissare uno standard minimo di tutela uguale per tutti, contribuendo così alla fondamentale opera di universalizzazione dei diritti dell'uomo.

L'analisi della giurisprudenza interna sul punto esposta nella terza sezione mostra che esistono decisioni dei giudici italiani nelle quali si afferma espressamente la sussistenza di un obbligo di interpretazione del sistema normativo interno in modo conforme alla Convenzione, e alla relativa giurisprudenza di Strasburgo: obbligo che *si aggiunge*, operando in senso analogo, a quello di interpretare le leggi in modo conforme alla Costituzione. Il che però non significa ancora che il giudice nazionale possa giungere, sulla base della Convenzione interpretata dalla Corte europea, sino alla disapplicazione della disciplina legislativa interna.

Tra le pronunce in cui la Convenzione costituisce la regola della decisione o è comunque posta a sostegno della motivazione, meritano in particolare di essere esaminate quelle in cui le norme pattizie sono considerate diritto comunitario – o assimilabili ad esso – ricorrendo al criterio elaborato dalla Corte costituzionale, con la sent. n. 170 del 1984, della non applicazione della norma interna incompatibile.

Nella sentenza *Medrano* del 1993 la Corte di cassazione, pur escludendo il parallelo col diritto comunitario, richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee in cui si dice che i giudici nazionali devono applicare la Convenzione in quanto vincolati ai princìpi generali del diritto comunitario tra

cui tali norme rientrano e ciò a maggior ragione dopo l'inserimento della lett. F nel Trattato di Maastricht.

Si rinvengono poi alcune, per ora isolate, decisioni di giudici di merito che in nome dell'applicazione diretta della Convenzione giungono a negare applicazione a norme di leggi interne che giudicano incompatibili con la Convenzione medesima (si tratta di tre decisioni del Tribunale di Genova, una della Commissione tributaria regionale di Milano e una della Corte d'appello di Roma). Due sono le linee argomentative. Secondo la prima la Convenzione europea esprimerebbe diritto direttamente applicabile all'interno in forza di una limitazione di sovranità legittimata dall'art. 11 Cost., analoga e di eguale effetto rispetto alle limitazioni conseguenti all'adesione ai trattati comunitari. Qui vi è da osservare che, mentre non sembrerebbe difficile costruire una posizione delle norme convenzionali tale da assicurare loro un «rango» superlegislativo e quindi un effetto vincolante per il legislatore ordinario (sulla base dell'art. 10 e oggi, forse, dell'art. 117, comma 1, Cost.), meno facile sembra configurare la Convenzione come un «ordinamento» che si attui direttamente escludendo quello nazionale, sulla falsariga dell'impostazione della sent. n. 170 del 1984 sui rapporti col diritto comunitario: anche perché la Convenzione non pone in essere un ordinamento e una funzione normativa in deroga alla Costituzione, ma semmai pone norme sui diritti che confermano ed eventualmente integrano quelle stesse della Costituzione.

Dunque, in definitiva, se è logico che la Convenzione prevalga sulle leggi ordinarie eventualmente incompatibili, sembrerebbe più naturale che ciò si realizzasse con i normali meccanismi del giudizio di costituzionalità.

La seconda linea argomentativa fa leva sul richiamo alla Convenzione contenuto nell'art. 6 del Trattato U.E. (*ex* art. F del Trattato di Maastrischt), che varrebbe a far considerare le norme convenzionali quali princìpi generali dell'ordinamento comunitario, applicabili anche a preferenza delle leggi interne incompatibili. Ma questo modo di ragionare richiederebbe, anzitutto, che ci si trovasse in una fattispecie regolata dal diritto comunitario, in cui quindi la legge interna risulterebbe «esclusa» in forza del primato del diritto comunitario medesimo.

Invece il Tribunale di Genova sembra applicarlo senza che la fattispecie a lui sottoposta fosse regolata dal diritto comunitario.

Lo stretto legame instaurato in base all'art. 6 del Trattato U.E. tra diritto convenzionale e comunitario rafforzerebbe, secondo il giudice tributario, la posizione delle norme CEDU quando il diritto vantato dal ricorrente trovi il proprio fondamento nel diritto comunitario.

Viene da chiedersi allora se in questi casi il giudice nazionale possa adire la Corte di Lussemburgo *ex* art. 234 del Trattato per questioni interpretative sorte sulle norme pattizie invocate in quanto princìpi generali del diritto comunitario. Al giudizio concreto di Strasburgo si affiancherebbe così un giudizio astratto «indiretto» (perché condizionato dalla giurisprudenza della Corte europea) sulle norme ad opera della Corte di giustizia delle Comunità europee, le cui decisioni hanno portata normativa certa a differenza di quelle della Corte EDU.

La Corte di Cassazione, proprio di recente e con riferimento alla ragionevole

durata del processo, ha chiarito che la giurisprudenza di Strasburgo, pur avendo valore di precedente ai fini dell'interpretazione del contenuto della norma interna che richiama i canoni di valutazione europei, non determina, diversamente dai regolamenti e dalla sentenze della Corte di Lussemburgo, un vincolo diretto per il giudice italiano.

3. La sezione quarta della ricerca è dedicata all'esame dell'applicazione della legge Pinto (recante norme di previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo) che risulta particolarmente interessante ai nostri fini implicando un confronto diretto ed immediato tra la giurisprudenza europea e la giurisprudenza nazionale. Si è infatti per la prima volta introdotta nel nostro ordinamento una disposizione che richiama in modo esplicito non solo una norma pattizia, l'art. 6, § 1 della CEDU, ma anche la relativa giurisprudenza elaborata dalla Corte dei diritti. Da un primo parziale esame della giurisprudenza interna risulta che le Corti d'appello si sono in genere adeguate, almeno formalmente, ai canoni di Strasburgo facendone tuttavia non di rado applicazioni incoerenti.

La Corte di cassazione ha ribadito la necessità di adeguarsi ai canoni europei.

Concludendo, i giudici comuni svolgono una funzione importante di stimolo e cuscinetto nella relazione tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, condizionandone e favorendone il rapporto.

La dimensione sovranazionale nella quale i giudici si sono trovati ad operare soprattutto attraverso l'applicazione del diritto comunitario, ha contribuito senz'altro a renderli più sensibili, in generale, agli obblighi assunti dallo Stato sul piano internazionale; lo stesso effetto sembra prodursi indirettamente anche a seguito dell'entrata in vigore della legge Pinto che in qualche misura ha «costretto» le Corti italiane a conoscere la giurisprudenza europea.

Sebbene condizionato dal contesto sociale nel quale opera e di cui è in fondo anch'egli espressione, il giudice nazionale può svolgere una funzione importante nell'evoluzione della tutela dei diritti facendosi «eco» e portatore, dell'applicazione nei casi singoli, degli standard di giudizio fissati da Strasburgo. In particolare col Protocollo n. 11, che ha spalancato le porte al ricorso individuale, la funzione di guida in tal senso del giudice europeo si è notevolmente accresciuta, tanto da far discutere sui rischi derivanti dall'eccesso di domande rivolte ad una Corte sola.

L'evolversi dell'integrazione tra i sistemi di tutela non è stato impedito nel nostro ordinamento dalla «prudenza» della Corte costituzionale sia rispetto all'inserimento delle norme pattizie nel c.d. *bloc de constitutionalité*, sia rispetto all'utilizzazione nella sua giurisprudenza delle pronunce dei giudici di Strasburgo; a loro volta i giudici nazionali, pur se talvolta con soluzioni ardite ed opinabili nel merito, contribuiscono in modo decisivo alla promozione della giurisprudenza europea diffondendone la conoscenza.

LA CORTE COSTITUZIONALE, LA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

FIAMMETTA SALMONI

SOMMARIO: 1. Premessa: la Corte costituzionale e l'accoglimento della tesi dualista. – 2. (*Segue*). – 3. La giurisprudenza costituzionale sul rinvio pregiudiziale. – 4. Le questioni doppiamente pregiudiziali. – 5. La Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia. – 6. L'affermazione della teoria dei controlimiti e la risposta del giudice del Lussemburgo: la tutela comunitaria dei diritti. – 7. La diversità tra diritti costituzionali e diritti comunitari e la persistente validità della teoria dei controlimiti. – 8. La giurisprudenza comunitaria sui diritti: la formulazione di un catalogo incompleto. Cenni. – 9. La giurisprudenza costituzionale sui diritti: l'assenza di rapporti con la Corte di giustizia. – 10. La giurisprudenza della Corte costituzionale e i suoi limitati rapporti con la Corte di giustizia. – 11. La giurisprudenza costituzionale e comunitaria sul principio di eguaglianza. – 12. Le discriminazioni a rovescio. – 13. (*Segue*). – 14. La Carta di Nizza e la costituzionalizzazione del diritto comunitario: la necessità di riaffermare la teoria dei controlimiti.

1. PREMESSA: LA CORTE COSTITUZIONALE E L'ACCOGLIMENTO DELLA TESI DUALISTA

Com'è noto, il rapporto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale si è sviluppato essenzialmente sul piano del rapporto tra ordinamenti. Per un lunghissimo periodo – che ha abbracciato l'arco di trent'anni e non si è ancora concluso – ad ogni passo della giurisprudenza della Corte di giustizia verso l'affermazione del primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri, ha corrisposto una pronuncia della Corte costituzionale che, pur mantenendo un approccio rigorosamente dualistico (in aperta contraddizione, per lo meno sul piano teorico concettuale, con la tesi monista accolta dalla Corte del Lussemburgo) ha reso effettivo, attraverso la propria giurisprudenza, il cammino comunitario del nostro Paese [1].

[1] Per questa fortunata espressione, cfr. P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1973, 2406 ss.

Così, all'affermazione del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale [2] o del principio dell'effetto diretto [3], attribuito dalla Corte di giustizia alle norme dei Trattati istitutivi [4] e alle norme di diritto derivato [5], ha fat-

[2] Questo principio vale per tutte le norme comunitarie (da qualunque fonte siano esse prodotte) e assicura loro una prevalenza sulle norme nazionali. Cfr. Corte giust. CE, sent. 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Costa* c. *Enel*, in *Racc.*, 1964, 1131 ss.; nonché in *Foro it.*, 1964, IV, 137 ss., con nota di N. CATALANO, *Portata dei trattati istitutivi della Comunità europea e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, *ivi*, 152 ss. Si veda altresì, sul punto, la fondamentale sent. Corte giust. 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* c. *Simmenthal s.p.a.*, in *Racc.*, 1978, 629 ss., sulla quale cfr. S.M. CARBONE-F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o corte federale delle comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 654 ss.

[3] A ragione, M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 96 ss., insistono sulla differenza tra la diretta applicabilità (attribuita dall'art. 249 del Trattato esclusivamente ai regolamenti comunitari), e il principio dell'effetto diretto, caratteristica che, come vedremo più avanti, può potenzialmente riguardare tutte le disposizioni comunitarie. I due princìpi infatti, si differenziano anche per le «condizioni di riconoscimento rispettivamente della diretta applicabilità e degli effetti diretti» perché «mentre nel primo caso si tratta di un carattere riconosciuto automaticamente a tutte le norme regolamentari, che consegue alla natura formale dell'atto in cui sono contenute, viceversa l'effetto diretto è riconosciuto dalla Corte di giustizia in base ad alcune caratteristiche di contenuto delle norme prese in considerazione» che devono porre obblighi chiari, precisi e incondizionati. Inoltre, «mentre la diretta applicabilità esplica effetti sia nei rapporti giuridici che intercorrono tra i privati e i pubblici poteri (effetti verticali) sia nei rapporti che intercorrono tra i privati tra loro (effetti orizzontali), viceversa in linea di massima la Corte di giustizia comunitaria riconosce all'effetto diretto la capacità di esplicarsi solo nei rapporti tra privati e soggetti pubblici (solo effetti verticali)» (*ivi*, 97). Infine, mentre la diretta applicabilità dei regolamenti «comporta il divieto per le istituzioni nazionali di trasporre in fonti del diritto interno le norme regolamentari comunitarie, perché tale trasposizione determinerebbe una inammissibile novazione della fonte, viceversa il riconoscimento degli effetti diretti ad altre norme comunitarie non elimina l'obbligo di recepimento nell'ordinamento nazionale» (*ivi*, 98).

Per ciò che concerne i regolamenti, la Corte di giustizia si è preoccupata di specificare la portata delle loro caratteristiche essenziali: diretta applicabilità, obbligatorietà e portata generale, già definite nel Trattato istitutivo. Si vedano, al riguardo, tra le moltissime, Corte giust. CE, sent. 14 dicembre 1962, cause riunite 16 e 17/62, *Confederation Nationale des Producteurs de Fruits et Legumes* c. *Consiglio*, in *Racc.*, 1962, 901 ss.; sent. 11 luglio 1968, causa C-6/68, *Zuckerfabrik* c. *Consiglio*, in *Racc.*, 1968, 595 ss.; sent. 7 febbraio 1973, in causa C-39/72, *Commissione* c. *Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1973, 101 ss.; sent. 7 febbraio 1979, causa C-128/78, *Commissione* c. *Regno Unito*, in *Racc.*, 1979, 419 ss.; sent. 13 febbraio 1979, causa C-101/78, *Granaria*, in *Racc.*, 1979, 623 ss.; sent. 13 febbraio 1996, causa C-143/93, *Gebroeders van Es Douane Agenten BV* c. *Ispecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, in *Racc.*, 1996, 431 ss.

[4] Cfr. Corte giust. CE, sent. 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend En Loos* c. *Amministrazione olandese delle Imposte*, in *Racc.*, 1963, 3 ss., nonché in *Giur. it.*, 1966, 49 ss., con osservazioni di P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*. Si veda altresì la sent. 16 giugno 1966, causa C-57/65, *Società Alfons Luetticke* c. *Hauptzollamt di Sarrelouis*, in *Racc.*, 1966, 293 ss., con la quale la Corte estende l'effetto diretto anche alle norme dei Trattati che contengono un obbligo di fare.

[5] Sugli effetti diretti delle direttive comunitarie cfr. Corte giust. CE, sentt. 4 dicembre

to eco la Corte costituzionale con una serie di pronunce attraverso le quali è passata da asserzioni decisamente refrattarie alle posizioni comunitarie [6] all'attuale totale accettazione, con i distinguo che faremo [7], della tesi della prevalenza del diritto comunitario su quello interno.

Le tappe di questo cammino sono troppo note per essere ripercorse in questa sede [8]. La Corte costituzionale, in risposta alla giurisprudenza della Corte di giu-

---

1974, causa C-41/74, *Van Duyn* c. *Home Office*, in *Racc.*, 1974, 1337 ss.; 8 aprile 1976, causa C-48/75, *Royer*, in *Racc.*, 1976, 497 ss.; 24 marzo 1987, causa C-286/85, in *Racc.*, 1987, 1453 ss.; 20 settembre 1988, causa C-31/87, in *Racc.*, 1988, 4365 ss.; 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo* c. *Comune di Milano*, in *Racc.*, 1989, 1839 ss.; 18 dicembre 1997, causa C-129/96 *Inter-Environnement Wallonie ASBL* c. *Région Wallonne*, in *Racc.*, 1997, 7411 ss. Si vedano altresì le sentt. 26 febbraio 1986, causa C-152/84, *Marshall*, in *Racc.*, 1986, 723 ss. e 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, 1994, 3325 ss., nelle quali la Corte di giustizia ha riconosciuto alle direttive la capacità di esplicare i propri effetti solo in senso verticale. Si consideri, però, più di recente, la sent. 26 settembre 2000, causa C-443/98, *Unilever Italia S.p.a.* c. *Central Food S.p.a.*, in *Racc.*, 2000, 7535 ss., dove la Corte ha invece ammesso che anche le direttive possano esplicare effetti orizzontali laddove la norma interna sia affetta da un vizio procedurale sancito a livello comunitario. In questo caso, infatti, «al giudice nazionale, nell'ambito di un procedimento civile relativo ad una controversia tra singoli vertente su diritti ed obblighi di natura contrattuale, compete la disapplicazione» della norma interna adottata in violazione di una procedura comunitaria. Inoltre, com'è noto, la Corte di giustizia (sent. 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, 1990, 4135 ss.) ha elaborato la c.d. *teoria dell'interpretazione conforme* in forza della quale, anche quando si tratta di direttive sprovviste di effetti diretti, il giudice nazionale deve interpretare il diritto interno nella maniera quanto più possibile conforme al diritto comunitario.

In seguito, sono stati riconosciuti effetti diretti anche alle raccomandazioni della Ceca (sent. 22 febbraio 1990, causa C-221/88, *CECA* c. *Busseni*, in *Racc.*, 1990, 495 ss.), alle decisioni (sent. 14 marzo 2000, causa C-102/98 e C-211/98, *Kocak*, in *Racc.*, 2000, 1287 ss.) e ai Trattati e Accordi internazionali nei quali è parte la Comunità europea (sent. 5 febbraio 1976, causa C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani* c. *Amministrazione italiana delle Finanze*, in *Racc.*, 1976, 129 ss.; sent. 29 gennaio 2002, causa C-162/00, *Pokrzeptowicz-Meyer*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*).

[6] Cfr. Corte cost., sent. 24 febbraio 1964, n. 14, in *Giur. cost.*, 1964, 129 ss., con *Osservazioni* di M. BON VALSASSINA e L. PALADIN.

[7] Mi riferisco, in particolare, alla c.d. teoria dei controlimiti, sulla quale si veda *infra*, § 6.

[8] La dottrina, com'è noto, ha suddiviso l'evoluzione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno operata dalla Corte costituzionale in tre fasi. Sul punto, per tutti, F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, 1996, 5 ss., secondo il quale tali fasi sarebbero tre: la prima, inizierebbe con la sent. n. 14 del 1964; la seconda, con la sent. n. 183 del 1973; la terza, con la sent. n. 170 del 1984 e ancora non si sarebbe conclusa. Per A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, in F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto*, Torino, 1998, 113 ss., invece, con la sent. n. 384 del 1994 saremmo entrati nella quarta fase dell'integrazione europea. Tale fase si sarebbe sviluppata attraverso le sentt. n. 94 del 1995; 126 del 1996 e 93 del 1997 per arrivare sino all'attuale assetto dei rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno. Si vedano, sul punto, anche G. AMOROSO, *La giurisprudenza costituzionale nell'anno 1995 in tema di rapporto tra ordinamento comunitario e ordina-*

stizia, ha riconosciuto, a far data dal 1965 [9], attraverso un percorso assai complesso e talvolta considerato inaccettabile dal giudice del Lussemburgo – costretto, in più d'una occasione ad «aggiustare il tiro» della nostra giurisprudenza costituzionale [10] –, la supremazia del diritto comunitario e l'efficacia diretta delle sue fonti derivate (dai regolamenti [11] alle direttive [12], dalle sentenze interpretative

mento nazionale: verso una «quarta fase»?, in *Foro it.*, 1996, V, 73 ss.; A. CELOTTO-F. GABRIELE, *Fonti comunitarie*, cit., 141 ss., nonché M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 183 ss.

[9] Cfr. Corte cost., sent. 27 dicembre 1965, n. 98, in *Giur. cost.*, 1965, 1322 ss., con *Osservazioni* di M. MAZZIOTTI, *ivi*, 1329 ss.; nonché di F. DURANTE, *Diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. dir. int.*, 1966, 56 ss. e di N. CATALANO, *Compatibilità con la Costituzione italiana della legge di ratifica del Trattato CE*, in *Foro it.*, 1966, I, 8. Tuttavia, è solo con la sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss. (sulla quale si vedano, oltre alle osservazioni di P. BARILE, cit., *supra*, nota 1, i commenti di R. MONACO, *La costituzionalità dei regolamenti comunitari*, in *Foro it.*, 1974, I, 315 ss.; P. MENGOZZI, *Un orientamento radicalmente nuovo in tema di rapporti tra diritto italiano e diritto comunitario?*, in *Riv. dir. int.*, 1974, 708 ss.) che la Corte costituzionale ha riconosciuto il primato del diritto comunitario nell'ordinamento italiano affermando che la formula delle limitazioni di sovranità contenuta nell'art. 11 Cost. «legittima le limitazioni dei poteri dello Stato in ordine all'esercizio delle funzioni legislativa, esecutiva e giurisdizionale, quali si rendevano necessarie per la istituzione di una Comunità tra gli Stati europei, ossia di una nuova organizzazione interstatuale, di tipo sovranazionale, a carattere permanente, con personalità giuridica e capacità di rappresentanza internazionale».

[10] Alla Corte costituzionale che, nella sent. 30 ottobre 1975, n. 232, in *Giur. cost.*, 1975, I, 2211 ss. (sulla quale cfr. R. MONACO, *Norma comunitaria e norma di legge successiva*, in *Foro it.*, 1975, I, 2661 ss., nonché B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1976, I, 542 ss.), aveva sostenuto che il giudice ordinario ha l'obbligo di rilevare l'abrogazione della norma interna in contrasto con la norma comunitaria successiva, mentre deve sollevare la questione di legittimità costituzionale se la norma interna è posteriore e contrasta con la norma comunitaria precedente, la Corte di giustizia ha risposto, con la sent. *Simmenthal*, 9 marzo 1978, cit., dove ha affermato che «qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria». Di conseguenza, «il giudice nazionale, incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

[11] Cfr. Corte cost., sent. n. 183 del 1973.

[12] Cfr. Corte cost., sentt. 22 luglio 1976, n. 182, con osservazioni di P. CARETTI, *Potere sostitutivo dello stato e competenze regionali in attuazione di obblighi comunitari*, in *Giur. cost.*, 1976, 2223 ss.; 19 novembre 1987, n. 403, *ivi*, 1987, 2843 ss.; 2 febbraio 1990, n. 64, *ivi*, 1990, 259 ss.; 18 aprile 1991, n. 168, *ivi*, 1991, 1409 ss., con nota di F. SORRENTINO, *Delegazione legislativa e direttive comunitarie direttamente applicabili*, *ivi*, 1418 ss.

della Corte di giustizia [13] a quelle rese nei giudizi di condanna per inadempimento di uno Stato membro [14]) con prevalenza di queste ultime sulle fonti del diritto interno con esse confliggenti [15], in tutte le materie riservate alla competenza della Comunità europea dai Trattati istitutivi [16].

---

[13] Cfr. Corte cost., sent. 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. cost.*, 1985, I, 694 ss.; ord. 16 marzo 1990, n. 132, *ivi*, 1990, 746 ss.; sent. 16 giugno 1993, n. 285, *ivi*, 1993, 2026 ss., con osservazioni di G. BRUNELLI, *Modello costituzionale e prassi legislativa nella delega per l'attuazione di norme comunitarie*, *ivi*, 2034 ss., e di M. CARTABIA, *Princìpi della delega determinati con rinvio alle norme comunitarie e parametro doppiamente interposto*, *ivi*, 2044 ss.; ord. 23 giugno 1999, n. 255, *ivi*, 1999, 2203 ss. Si veda sul punto anche F. SORRENTINO, *Profili costituzionali*, cit., 34.

[14] Cfr. Corte cost., sent. 11 luglio 1989, n. 389, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1757 ss., che si conforma a quanto affermato appena un mese prima dalla Corte di giustizia nella famosissima sent. *Fratelli Costanzo*, 22 giugno 1989, cit.

[15] In epoca più recente, la Corte costituzionale si è spinta sino a riconoscere, in primo luogo, la possibilità per le fonti comunitarie di incidere sul riparto di competenze Stato-regioni derogando alle fonti costituzionali (sent. 24 aprile 1996, n. 126, in *Giur. cost.*, 1996, 1044 ss., con nota di A. ANZON, *Le Regioni in balia del diritto comunitario?*, *ivi*, 1062 ss.; sent. 11 aprile 1997, n. 93, in *Giur. cost.*, 1997, 923 ss., con nota di A. ANZON, *Anche gli atti amministrativi comunitari possono redistribuire le competenze tra Stato e regioni?*, *ivi*, 936 ss.; di R. BIN, *Conviene alle Regioni difendere le attribuzioni lese da un programma cofinanziato dalla Comunità europea?*, in *Le regioni*, 1997, 696 ss. e di A. CELOTTO, *Un «suggerimento» alle regioni per tutelare le proprie competenze nell'attuazione del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1997, I, 377 ss.); in secondo luogo, la possibilità per le fonti comunitarie di fare salve le riserve di legge previste dalla nostra Costituzione (sent. 27 novembre 1998, n. 383, in *Giur. cost.*, 1998, 3320 ss., con osservazioni di A. D'ATENA, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso dell'Università*, *ivi*, 3332 ss.; di R. NIRO, *Numero chiuso all'Università e potere regolamentare del Ministro: morte della riserva di legge o sua trasfigurazione?*, *ivi*, 1999, 1235 ss. e di G. GRECO, *Riserva relativa di legge e criteri (impliciti) desunti dalla normativa comunitaria: il caso del numero chiuso alla Facoltà di Medicina*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comm.*, 1999, 867 ss.) così come il principio di legalità sostanziale (sent. 10 novembre 1999, n. 425, con osservazioni di G. GUZZETTA, *Regolamenti statali a carattere suppletivo e competenze regionali: dalla «decostituzionalizzazione» alla «delegificazione» dell'autonomia territoriale in nome del diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 1999, 3746 ss. e di P. CARETTI, *La Corte aggiunge un ulteriore tassello al mosaico dei rapporti Stato-Regioni in attuazione del diritto comunitario*, in *Le Regioni*, 2000, 435 ss.); infine, l'inammissibilità di referendum abrogativi nelle materie incise da fonti comunitarie (sentt. 7 febbraio 2000, nn. 31, 41 e 45, in *Giur. cost.*, 2000, risp. 215 ss., 324 ss. e 353 ss., con osservazioni di R. BIN, *Potremmo mai avere sentenze sui referendum del tutto soddisfacenti? Una considerazione d'insieme sulle decisioni «referendarie» del 2000*, *ivi*, 222 ss., M. CERASE, *Dal giudizio sull'ammissibilità del referendum a quello sulla sovranità dello Stato*, *ivi*, 228 ss.; G. BASCHERINI, *Il referendum sull'immigrazione: l'intervento di soggetti terzi, la natura composita dell'oggetto referendario, il limite degli obblighi internazionali*, *ivi*, 233 ss.; M. CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su leggi comunitariamente necessarie?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 183 ss.; A. CELOTTO, *Direttive comunitarie in attesa di recepimento e ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 752 ss.).

[16] È con la storica sent. 8 giugno 1984, n. 170, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098 ss., che la Corte

Ovviamente, la Consulta non poteva accogliere *in toto* la posizione comunitaria, non poteva cioè accettare remissivamente la tesi monista elaborata dalla Corte di giustizia, perché ciò avrebbe implicato un inaccettabile riconoscimento della superiorità gerarchica dell'ordinamento comunitario su quello statale. La ricostruzione del rapporto tra i due ordinamenti effettuata dalla Corte costituzionale, quindi, ha fatto – e continua tutt'oggi a fare – perno sull'assunto della separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento interno: essi, ancorché coordinati e comunicanti, sono e rimangono tuttora ordinamenti «autonomi e distinti (…) secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato», attraverso il disposto dell'art. 11 Cost. [17].

Questo far leva sul principio della separazione delle competenze, anziché su quello gerarchico, come aveva invece suggerito la Corte di giustizia, ha rappresentato, per la Corte costituzionale, una vera e propria chiave di volta: l'Italia ha consentito alle limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost., trasferendo agli organi comunitari le competenze necessarie a disciplinare le materie loro riservate dai Trattati istitutivi delle Comunità europee [18]. In queste materie, le fonti comunitarie ricevono diretta applicazione nel territorio italiano, rimanendo del tutto estranee al sistema delle fonti interne: la norma comunitaria, quindi, pur non

costituzionale affermò che le norme poste dai regolamenti comunitari «sono, invero, immediatamente applicate nel territorio italiano *per forza propria.* Esse non devono, né possono, essere riprodotte o trasformate in corrispondenti disposizioni dell'ordinamento nazionale. La distinzione fra il nostro ordinamento e quello della Comunità comporta, poi, che la normativa in discorso non entra a far parte del diritto interno, né viene per alcun verso soggetta al regime disposto per le leggi (e gli atti aventi forza di legge) dello Stato. Quel che si è detto nella richiamata pronunzia (183 del 1973, *n.d.a.)*, va allora avvertito, altro non significa, in definitiva, che questo: l'ordinamento italiano – in virtù del particolare rapporto con l'ordinamento della CEE, della sottostante limitazione della sovranità statuale – consente, appunto, che nel territorio nazionale il regolamento comunitario spieghi effetto in quanto tale e perché tale. A detto atto normativo sono attribuiti «forza e valore di legge», solo e propriamente nel senso che ad esso si riconosce l'efficacia di cui è provvisto nell'ordinamento di origine». Tra i numerosissimi commenti a questa sentenza, si vedano, almeno M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. it*., 1984, I, 1521 ss.; F. CAPELLI, *Una sentenza decisiva sui rapporti tra norme CEE e leggi nazionali*, in *Dir. com. scambi int.*, 1984, 204 ss.; M.R. DONNARUMMA, *Sul controllo di compatibilità fra diritto interno e diritto comunitario*, *ivi*, 206 ss.; G. GEMMA, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. cost*., 1984, I, 1222 ss.; A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*, in *Foro it.*, 1984, I, 2063 ss.; R. GIUFFRIDA, *Riproduzione dei regolamenti comunitari ed atti di produzione normativa secondaria*, in *Riv. dir. int.*, 1986, 241 ss.; S. GALEOTTI, *Legge nazionale*, *regolamento comunitario e controllo giurisdizionale (dopo la sent. n. 170 del 1984 della Corte costituzionale)*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, III, Milano, 1988, 351 ss.

[17] Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 4 della motivazione.

[18] In più occasioni la Corte ha ribadito che il parametro da utilizzare nei giudizi che riguardano l'applicazione del diritto comunitario nel nostro ordinamento è l'art. 11 Cost. e non l'art. 10 Cost. Così, oltre alle decisioni citate nelle note precedenti, sent. 23 marzo 1999, n. 85, in *Giur. cost.*, 1999, 856 ss.; sent. 19 ottobre 2001, n. 337, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

abrogando né modificando né invalidando la norma interna incompatibile, prevale su di essa «se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile dal giudice interno» [19]. La regola nazionale, invece, «fuori dall'ambito materiale, e dai limiti temporali, in cui vige la disciplina comunitaria così configurata (…) serba intatto il proprio valore e spiega la sua efficacia», soggiacendo al regime previsto per l'atto del legislatore ordinario, ivi compreso il controllo di costituzionalità [20].

Nelle materie di competenza comunitaria, dunque, i giudici comuni (ma anche la pubblica amministrazione) [21] a fronte di una normativa interna incompatibile con il diritto comunitario direttamente applicabile o dotato di effetti diretti, dovranno procedere senza indugio all'applicazione di quest'ultimo e alla non applicazione della norma interna [22]. Con la conseguenza che, qualora, errando, decidessero di sollevare una questione di legittimità costituzionale sulle norme interne contrastanti con le norme comunitarie immediatamente applicabili, alla Corte costituzionale non rimarrebbe altro rimedio che dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza [23]. Laddove, invece, la questione fosse sollevata in via d'azione, sarebbe la stessa Corte a dover sindacare la legittimità costituzionale delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie, ma solo perché «sarebbe contrario agli obblighi comunitari, come esplicitati dalla Corte di giustizia, nonché alla certezza del diritto, consentire che siano immesse nell'ordinamento norme contrarie al diritto comunitario, che dovrebbero comunque essere disapplicate dai giudici e dalla p.a.» [24].

---

[19] Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 5 della motivazione.

[20] Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 5 della motivazione.

[21] Cfr. Corte cost., sent. n. 389 del 1989, dove la Consulta, come già accennato, accoglie la soluzione prospettata dalla Corte di giustizia nella sent. *Fratelli Costanzo*, 22 giugno 1989, cit., affermando che legittimati a non dare applicazione alle norme interne in contrasto con le norme comunitarie direttamente applicabili sono tutti i soggetti del nostro ordinamento competenti a dare esecuzione alle leggi e agli atti ad esse equiparati.

[22] Nella sent. n. 168 del 1991, punto 4 della motivazione, la Corte costituzionale ha specificato che, diversamente da quanto da essa stessa affermato nella sent. n. 389 del 1989, il giudice comune non *disapplica* le norme interne confliggenti con il diritto comunitario direttamente applicabile, bensì *non le applica*. La Corte, quindi, ha chiarito la differenza concettuale intercorrente tra disapplicazione e non applicabilità, consistente in ciò che nel caso di disapplicazione la norma interna dovrebbe essere considerata viziata, mentre invece essa non può trovare applicazione semplicemente perché appartiene ad un ordinamento distinto da quello comunitario. Sul punto, si veda A. CELOTTO, *Coerenza dell'ordinamento e soluzione delle antinomie nell'applicazione giurisprudenziale*, cit., 202 ss.; nonché, ora, A. CELOTTO-F. GABRIELE, *Fonti comunitarie*, cit., 138.

[23] Così Corte cost., sent. n. 113 del 1985.

[24] L'impostazione dualista, quindi, è stata sempre mantenuta dalla Corte costituzionale nonostante il fatto che, nelle sentt. 10 novembre 1994, n. 384 e 30 marzo 1995, n. 94, abbia affermato che nei giudizi in via d'azione è essa stessa a dover controllare la compatibilità di

In questo modo, la Consulta ha potuto negare che le fonti normative della Comunità e quelle del singolo Stato membro fossero integrate in un unico sistema (conclusione, quest'ultima, vivamente caldeggiata dalla Corte del Lussemburgo), e ciononostante, muovendo, quindi, da differenti premesse, ha ottenuto il medesimo risultato: «quel che importa» afferma esplicitamente la Corte costituzionale nella c.d. sentenza La Pergola, «è che col giudice comunitario si possa convenire nel senso che alla normativa derivante dal Trattato (…) va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna»[25].

2. (*Segue*)

Il perché di questa ricostruzione del rapporto tra i due ordinamenti, diversa, come si è detto, rispetto a quella proposta dalla Corte di giustizia, è del tutto evidente: mentre la Corte del Lussemburgo aveva come fine ultimo di garantire il raggiungimento degli obiettivi previsti dal Trattato (e quindi la costruzione del

---

una norma di diritto interno con le norme comunitarie. Su queste importanti sentenze, che per alcuni, come si è accennato, hanno costituito l'inizio di una quarta fase del cammino comunitario, si vedano i commenti di F. Sorrentino, *Una svolta apparente nel «cammino comunitario» della Corte: l'impugnativa statale delle leggi regionali per contrasto con il diritto comunitario*, in *Giur. cost*., 1994, 3456 ss.; F. Bientinesi, *Regolamenti comunitari e controllo preventivo delle leggi regionali*, *ivi*, 3458 ss.; F. Donati, *I rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: problemi e prospettive alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale*, *ivi*, 3467 ss.; E. Gianfrancesco, *Giudizio in via d'azione su leggi regionali ed obblighi comunitari*, *ivi*, 3477 ss.; P. Giangaspero, *Note sull'utilizzazione del diritto comunitario immediatamente applicabile nel giudizio di legittimità in via principale*, *ivi*, 3482 ss.; G. Guzzetta, *L'annullamento delle leggi regionali «anticomunitarie»: crisi di un modello giurisprudenziale*, *ivi*, 4238 ss.; A. Barone, *La Corte costituzionale ritorna sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1995, I, 2050 ss.; T. Groppi, *Le norme comunitarie quale parametro nel giudizio (preventivo) di legittimità costituzionale delle delibere legislative regionali*, in *Le Regioni*, 1995, 923 ss.; M. Ruotolo, *Competenza della Corte costituzionale in materia di contrasto tra norme comunitarie e leggi regionali impugnate dal governo in via principale*, in *Giur. it.*, 1995, I, 333 ss.; A. Celotto, *Dalla «non applicazione» alla «disapplicazione» del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, *ivi*, 341 ss.; A. Ruggeri, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicative al bivio fra «non applicazione» e «incostituzionalità» (a margine di Corte cost. n. 384 del 1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 469 ss.; P.F. Lotito, *Costituzione ed integrazione comunitaria: i riflessi sulla forma di Stato sul sistema delle fonti e sulla forma di governo*, *ivi*, 737 ss.; R. Caranta, *La Corte costituzionale giudice della «legalità comunitaria»*, in *Foro amm.*, 1996, 389 ss.; G. Razzano, *Verso l'integrazione europea: una quarta fase nella giurisprudenza della Corte Costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1996, 74 ss.

[25] Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, punto 6 della motivazione.

mercato unico mediante l'abbattimento degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali) e ha ritenuto utile, a tale scopo, affermare la totale e incondizionata integrazione degli ordinamenti statali nell'ordinamento comunitario, sancendo la superiorità gerarchica di quest'ultimo e la sua conseguente prevalenza sui diritti interni con esso confliggenti, dal canto suo, la Corte costituzionale ha inteso proteggere il principio di legittimazione dell'ordinamento italiano rispetto a quello comunitario [26].

La Consulta, cioè, ha mirato a garantire l'esistenza stessa del nostro ordinamento e con essa la sovranità statuale che, in questo modo, lungi dall'essere stata totalmente ceduta o assorbita all'interno di una ipotetica sovranità superiore e distinta, risulta essere *soltanto* limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost., al fine di aderire ad un'organizzazione internazionale *sui generis* che, attraverso l'integrazione economica degli Stati membri in uno spazio di libero mercato, ha come obiettivo il conseguimento della pace e della giustizia tra le Nazioni.

È evidente, quindi, che nelle intenzioni della Corte costituzionale vi era il nobile intento di conservare e preservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto alla influenza del diritto comunitario, uno spazio cioè nel quale lo Stato continuasse ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, esclusivo e preminente rispetto ad ogni altro possibile potere e quindi libero di disporre incondizionatamente delle proprie fonti normative [27].

---

[26] Sul punto, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, Resoconto della Relazione al Seminario dell'*Osservatorio costituzionale* della LUISS su *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, 12 gennaio 2001, sul sito Internet *http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html*, secondo il quale la Corte costituzionale ha avuto un atteggiamento volto a «difendere la legittimità dell'ordinamento italiano, evitando che gli stessi testi potessero essere interpretati da due corti costituzionali in concorrenza» perché «è facilmente comprensibile come una concorrenza di giurisprudenze sfasate produrrebbe la delegittimazione della nostra Corte nazionale».

[27] Cfr., V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, I, Padova, 1970, 49 ss. e 63 ss. Non sono d'accordo, quindi, con la tesi che G. AMATO ha esposto nella *Lezione magistrale* che ha tenuto il 12 febbraio 2002, alla facoltà di Scienze Politiche, Università di Roma «La Sapienza», in occasione dell'inaugurazione del *Master* in *Istituzioni parlamentari europee e storia costituzionale*. Secondo il professor Amato non è vero che lo «Stato», quale noi lo conosciamo storicamente, starebbe venendo meno a seguito dell'integrazione europea. Quest'ultima infatti ha ottenuto lo scopo per il quale fu voluta, e cioè eliminare la guerra tra i Paesi europei, senza per ciò solo eliminare lo Stato. Ciò che non esiste più non è lo Stato in sé, né la sovranità classicamente intesa, ma quel particolare aspetto della sovranità che consiste nella esclusività del potere. Sarebbe solo quest'ultimo concetto, quindi, ad essere stato cancellato per consentire l'integrazione europea, per cui da una parte, ci sarebbero gli Stati la cui sovranità non è più configurabile in termini di esclusività, dall'altra l'Europa il cui vertice non ha ancora il carattere dell'esclusività. A mio avviso, però, l'esclusività della sovranità statale non è affatto stata cancellata dall'integrazione europea, perché sono pur sempre gli Stati membri che, mediante i congegni che i propri ordinamenti giuridici predispongono, consentono alle norme dell'ordinamento comunitario di assumere rilevanza all'interno dell'ordinamento statale. Questa impostazione, d'altronde, mi sembra confermata proprio da quella giurisprudenza co-

Ciò, anche a prezzo di sacrificare se stessa e l'ampiezza delle proprie prerogative, inibendosi il sindacato sulle norme interne confliggenti con le norme comunitarie che, invece, per il tramite dell'art. 11 Cost., avrebbero anche potuto essere considerate norme interposte [28]. Nondimeno, questo nobile intento ha avuto quale esito inevitabile un arretramento della Corte costituzionale da tutte le *questioni comunitarie*, con la conseguenza che, allo stato attuale (fatta eccezione per i giudizi in via di azione, nei quali, come si è accennato la Corte ha riservato a se stessa la competenza a controllare la compatibilità delle norme di diritto interno con le norme comunitarie), ogni volta che essa si trova a dover risolvere una controversia avente ad oggetto il contrasto tra una norma interna ed una norma comunitaria immediatamente applicabile, *rinuncia* a intervenire e rimette la soluzione della questione ai giudici comuni.

3. La giurisprudenza costituzionale sul rinvio pregiudiziale

Questa *auto-emarginazione* si è poi accentuata anche a seguito della parallela posizione assunta dal giudice delle leggi in merito alla questione del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex* art. 234 Trattato CE [29]. Del tutto coerentemente con la propria giurisprudenza sul rapporto tra i due ordinamenti, infatti, la Corte costituzionale ha deciso di inibire a se stessa la possibilità di utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale [30].

---

stituzionale che ricostruisce i rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento statale in termini dualistici. È evidente che il professor Amato fa leva sulla perdita della sovranità nel senso di esclusività del potere al fine di affermare la persistenza della sovranità nel senso di originarietà, supremazia e indipendenza in capo agli Stati membri. In altri termini, sacrificando il profilo dell'esclusività del potere, egli riesce egregiamente a proteggere dal dissolvimento il concetto di Stato classicamente inteso. E tuttavia tale meritoria operazione è possibile soltanto a condizione che si accetti di ricostruire in senso monistico il rapporto tra i due ordinamenti. Di conseguenza, fintantoché la Corte costituzionale continuerà ad affermare l'autonomia e distinzione tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento statale, la tesi della cancellazione dell'attributo della esclusività del potere dal concetto di sovranità non mi sembra possa trovare pregio.

[28] Cfr. su questo punto, M. Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, 1992, 125.

[29] Com'è noto, l'art. 2, punto 31 del Trattato di Nizza ha modificato l'art. 225 Trattato CE attribuendo anche al Tribunale di primo grado la competenza a conoscere delle questioni pregiudiziali «in materie specifiche determinate dallo Statuto».

[30] Nella sent. n. 14 del 1964, la Corte costituzionale, alla quale il giudice *a quo* aveva chiesto di sollevare una questione pregiudiziale, rispose che «resta assorbita la questione circa la remissione degli atti alla Corte di giustizia delle Comunità europee e circa la competenza a disporre tale rinvio». Successivamente, nell'ord. 28 luglio 1976, n. 206, la Corte riconobbe implicitamente che non spettava a lei adire in via pregiudiziale la Corte di giu-

Così, dopo avere, nella sent. n. 168 del 1991, ammesso la possibilità di «sollevare anch'essa questione pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 177» del Trattato CEE (ora 234 n.d.a.) [31], nell'ord. n. 536 del 1995 [32], con un netto *revirement* affatto prevedibile, ha affermato che il giudice comunitario «non può essere adito, come pur ipotizzato in una precedente pronuncia (sent. n. 168 del 1991, cit.), dalla Corte costituzionale» perché essa «esercita essenzialmente una funzione di controllo costituzionale, di suprema garanzia della osservanza della Costituzione della Repubblica da parte degli organi costituzionali dello Stato e di quelli delle Regioni». Di conseguenza, nella Corte costituzionale «non è ravvisabile quella "giurisdizione nazionale" alla quale fa riferimento l'art. 177 (ora 234) del Trattato istitutivo della CEE, poiché la Corte non può "essere inclusa fra gli organi giudiziari, ordinari o speciali che siano, tante sono, e profonde, le differenze tra il compito affidato alla prima, senza precedenti nell'ordinamento italiano, e quelli ben noti e storicamente consolidati propri degli organi giurisdizionali" (sent. n. 13 del 1961, cit.)».

Questa presa di posizione è stata in seguito ribadita con le ordd. 26 luglio 1996, n. 319 [33], 6 aprile 1998, n. 108 [34] e n. 109 [35], nelle quali il giudice delle leggi ha restituito gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione sulla rilevanza della questione, confermando che spetta esclusivamente a quest'ultimo, «il quale in-

---

stizia, bensì al giudice comune. Sul punto, A. TIZZANO, *Sull'«incostituzionalità» delle leggi italiane incompatibili con i regolamenti comunitari*, in *Foro it*., 1976, I, 2299 ss. In dottrina, sul rinvio pregiudiziale, tra i molti, cfr. F. SORRENTINO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 129 ss., nonché, del medesimo Autore, *Rivisitando l'art. 177 del Trattato di Roma*, in *Lo stato delle istituzioni in Italia*, Milano, 1994, 637; G. TESAURO, *Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 177 ss.; M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, in *Foro it*., 1997, V, 222 ss.; T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in AA.VV., *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. CIARLO-G. PITRUZZELLA-R. TARCHI, Torino, 1997, 171 ss.; R. MASTROIANNI, *Rilevanza delle questioni pregiudiziali e dovere di collaborazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia: la sentenza sulle «telepromozioni»*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 191 ss.; N. BASSI, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di «giudice nazionale»: è giunto il momento della Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 155 ss.; F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost*., 2000, 1193 ss.

[31] Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1991, punto 6 della motivazione.

[32] Cfr. Corte cost., ord. 29 dicembre 1995, n. 536, in *Foro it*., 1996, I, 783 ss., sulla quale si veda A. BARONE, *Corte costituzionale e diritto comunitario: vecchie questioni e nuovi interrogativi*, *ivi*, 785 ss.; M. CARTABIA, *op. loc. cit.*

[33] Cfr. Corte cost., ord. 26 luglio 1996, n. 319, in *Giur. cost.*, 1996, 2617 ss.

[34] Cfr. Corte cost., ord. 6 aprile 1998, n. 108, in *Giur. cost.*, 1998, 923 ss.

[35] Cfr. Corte cost., ord. 6 aprile 1998, n. 109, in *Giur. cost.*, 1998, 926 ss.

vochi una norma comunitaria come presupposto o parametro della questione di legittimità costituzionale, provocarne l'interpretazione "certa ed affidabile" rivolgendosi alla Corte di giustizia delle Comunità europee».

4. Le questioni doppiamente pregiudiziali

Contemporaneamente, la Consulta ha anche affrontato il problema delle c.d. questioni *doppiamente pregiudiziali*, di quelle questioni cioè che si caratterizzano per il fatto di richiedere, per la loro definizione, una contestuale pronuncia sia della Corte di giustizia che della Corte costituzionale, perché la norma da applicare nel giudizio principale necessita dell'intervento di entrambe le giurisdizioni [36].

Già con l'ord. 30 luglio 1992, n. 391 [37], la Corte si era trovata di fronte ad una questione doppiamente pregiudiziale: il giudice *a quo*, infatti, aveva proposto domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia e poi, prima di conoscere l'orientamento del giudice comunitario, aveva sollevato una questione di legittimità costituzionale sulla medesima norma. In quell'occasione, il giudice delle leggi affermò la manifesta inammissibilità della questione perché, non essendo ancora pervenuto il giudizio della Corte di giustizia, non vi era alcuna certezza sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, la quale, quindi, risultava proposta in via meramente astratta ed ipotetica.

Più di recente, con l'ord. 12 luglio 2001, n. 249 [38], la Consulta ha chiarito, una volta per tutte che, quando, al fine di definire la questione pendente dinanzi a sé, il giudice rimettente chiede l'intervento sia della Corte di giustizia che della Corte costituzionale, «tale richiesta di interpretazione rivolta alla Corte di giustizia fa (ha fatto) sorgere nel giudizio *a quo* una "pregiudiziale comunitaria", circa la compatibilità con il diritto comunitario della stessa norma sospettata di contrasto con la Costituzione, con conseguente incidenza sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale». Cosicché, mancando ogni cenno di motivazione sul profilo della compatibilità della norma impugnata con il diritto comunitario, la questione di legittimità costituzionale deve essere dichiarata manifestamente inammissibile.

Alle medesime conclusioni, peraltro, la Corte era giunta anche in due precedenti giudizi, decisi con le ordd. n. 244 del 1994 [39] e n. 38 del 1995 [40], anche se,

---

[36] I motivi per i quali si possono verificare questioni doppiamente pregiudiziali sono analiticamente individuati da M. Cartabia-J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., 194 ss. Si veda anche, sul punto, M. Cartabia, *Considerazioni*, cit., 223.

[37] Cfr. Corte cost., ord. 30 luglio 1992, n. 391, in *Giur. cost*., 1992, 3127.

[38] Cfr. Corte cost., ord. 12 luglio 2001, n. 249, sul sito Internet *www.giurcost.org.*

[39] Cfr. Corte cost., ord. 16 giugno 1994, n. 244, in *Giur. cost*., 1994, 2013 ss.

[40] Cfr. Corte cost., ord. 13 febbraio 1995, n. 38, in *Giur. cost*., 1995, 386 ss.

in entrambi i casi, non si trattava di questioni doppiamente pregiudiziali, bensì di questioni di costituzionalità sollevate su norme di legge che si trovavano già all'esame della Corte di giustizia a seguito dell'apertura da parte della Commissione delle Comunità europee di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato. Dal che si evince che la Corte pretende che il giudice *a quo*, prima di sollevare la questione di costituzionalità, attenda gli esiti delle diverse *questioni comunitarie* pendenti dinanzi alla Corte di giustizia, sia che si tratti di problemi attinenti all'interpretazione o alla validità delle norme comunitarie *ex* art. 234 Trattato CE, sia quando la medesima sia stata adita ai sensi dell'art. 226. Ciò che, in altri termini, sta a significare che la Consulta nega il proprio sindacato ogni volta che la questione di legittimità costituzionale dipende da un preventivo intervento della Corte di giustizia, di qualunque natura esso sia, perché, probabilmente, nutre il timore che le proprie decisioni possano essere smentite da successive pronunce del giudice comunitario.

Né vale, ad inficiare tale ragionamento (anzi, ne costituisce un'esatta precisazione), la recentissima ord. n. 85 del 2002, con la quale il giudice delle leggi ha deciso una questione avente ad oggetto una disposizione sulla quale il giudice *a quo* aveva sollevato, con la *medesima* ordinanza, sia la questione di legittimità costituzionale, sia la questione pregiudiziale *ex* art. 234 Trattato CE. In questo caso, infatti, la Corte ha giustamente dichiarato la manifesta inammissibilità della questione perché ha ritenuto che l'ordinanza di remissione fosse *manifestamente contraddittoria*, in quanto il giudice *a quo* «solleva *contemporaneamente* "questione pregiudiziale" interpretativa dei princìpi del Trattato CE avanti alla Corte di giustizia, al fine di accertare se la norma censurata sia compatibile con l'ordinamento comunitario e, quindi, applicabile nell'ordinamento italiano, e questione di legittimità davanti alla Corte costituzionale, così presupponendo che la norma, di cui egli stesso ha sollecitato l'interpretazione della Corte di giustizia, sia applicabile»[41].

Da quanto sin qui detto, dunque, mi sembra si possano trarre le seguenti conclusioni: innanzi tutto, ogni volta che il giudice *a quo* ha chiesto alla Corte costituzionale di sollevare essa stessa una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, la Consulta ha sempre affermato (fatta eccezione, come già detto, per la sent. n. 168 del 1991) che è il giudice rimettente a doversi fare carico di adire il giudice comunitario e, di conseguenza, gli ha restituito gli atti per una nuova valutazione della rilevanza della questione. Quando, invece, la questione di legittimità costituzionale viene sollevata dal giudice *a quo* mentre è ancora pendente dinanzi alla Corte di giustizia o una questione pregiudiziale *ex* art. 234 Trattato CE ovvero una procedura di infrazione *ex* art. 226 Trattato CE, allora la Corte costituzionale dichiara la questione manifestamente inammissibile per difetto di motivazione sulla rilevanza. In questa circostanza, infatti, la differente tecnica decisoria adottata dal giudice delle leggi si spiega in ragione del fatto che il giudice *a quo* adisce la Corte costituzionale senza aspettare la pronuncia della Corte di giu-

---

[41] Cfr. Corte cost., ord. 21 marzo 2002, n. 85, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

stizia, con la conseguenza che egli non è in grado di motivare adeguatamente sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale, perché non sa ancora, con certezza, se la norma sulla quale ha sollevato la questione di costituzionalità sia effettivamente applicabile nel giudizio principale oppure no [42].

In entrambi i casi, quindi, è evidente che la Consulta considera prioritario l'intervento del giudice comunitario. E d'altronde, nel momento in cui essa ha abbracciato la tesi della separazione tra l'ordinamento statale e quello comunitario, sancendo la propria conseguente estraneità rispetto al sindacato di legittimità sulle fonti interne in contrasto con quelle comunitarie direttamente applicabili, non poteva che negare a se stessa di poter utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale. Di esso, infatti, seguendo questo ragionamento, possono giovarsi solamente quei giudici che sono legittimati a dare applicazione, alternativamente, o al diritto interno o a quello comunitario e, quindi, soltanto i giudici comuni.

D'altro canto, che la Corte costituzionale dovesse pensare a difendere dall'*invasione* del diritto comunitario oltre che l'ordinamento giuridico statale anche se stessa, era assolutamente prevedibile. Il rifiuto di ricorrere al rinvio pregiudiziale, infatti, sembra essere motivato proprio dalla necessità – mai esplicitamente affermata, ma altrettanto apertamente consigliata dalla stessa evoluzione dei rapporti tra i due ordinamenti – di non assoggettare se stessa ad un giudice che si proclama superiore finanche alle giurisdizioni costituzionali nazionali. Una diversa conclusione, invero, avrebbe minato la legittimità della stessa Corte costituzionale, inserendola in un circuito giurisdizionale nel quale avrebbe dovuto adeguarsi alle interpretazioni fornitele dalla Corte di giustizia senza alcuna possibilità di discostarsene [43].

5. La Corte costituzionale e gli effetti delle sentenze della Corte di giustizia

Anche la giurisprudenza con la quale la Consulta ha chiarito quali siano gli effetti da attribuire alle sentenze della Corte di giustizia deve essere inquadrata in

---

[42] Sul punto F. Ghera, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 1198, che afferma «controllando la sussistenza del requisito della rilevanza, dunque, la Corte sindaca l'iter logico seguito dal giudice del processo principale nel motivarne la ricorrenza, constatando un'omissione, e cioè la mancata risoluzione di una questione – quella della "compatibilità comunitaria" della norma impugnata – che, secondo la Corte, va affrontata prima della questione di legittimità costituzionale della norma medesima, essendo a questa – è il presupposto del ragionamento – logicamente preliminare. Se il giudice non lo fa – è il messaggio lanciato dalla Corte – la motivazione della rilevanza sarà considerata insufficiente e, quindi, la questione sollevata inammissibile».

[43] Cfr. F. Sorrentino, *Intervento* al Seminario dell'*Osservatorio costituzionale* della LUISS su *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, 12 gennaio 2001, sul sito Internet *http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html*.

quest'ottica. La Corte costituzionale, infatti, com'è noto, ha preso una posizione decisamente *sui generis* sul punto, sostenendo che dette sentenze producono effetti diretti esattamente come se si trattasse di vere e proprie fonti del diritto comunitario.

Ciò ha contribuito a rendere ancora più difficoltosa la residua possibilità di dialogare con la Corte del Lussemburgo e ad accentuare l'isolamento della Consulta nei confronti delle questioni comunitarie [44]. Perché se avesse attribuito a quelle sentenze l'efficacia del precedente giurisprudenziale avrebbe dovuto tollerare di rimanervi vincolata anch'essa. Avrebbe cioè dovuto ammettere l'esistenza di una Corte ad essa gerarchicamente sovraordinata, alle cui statuizioni conformarsi.

La Corte, invece, fatta eccezione per un *obiter dictum* contenuto nell'ord. n. 536 del 1995, dove fa riferimento alla necessità, per il giudice comune, di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale, solo «*in mancanza di precedenti puntuali pronunce*» della medesima [45], ha affermato, sin dalla sent. n. 113 del 1985, che il principio per cui la normativa comunitaria entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato, tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità, «vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti (…) dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia» [46].

Con la successiva sent. n. 389 del 1989, poi, ha aggiunto che, poiché spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, «se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative». Di conseguenza, «quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente "effetti diretti" (…) non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia ab-

---

[44] Si veda la sent. n. 113 del 1985, dove la Corte sostiene che, come affermato nella sent. n. 170 del 1984, cit., la normativa comunitaria «entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio (…) vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della CEE mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di giustizia». Si veda anche Corte giust. CE, sent. 9 novembre 1983, causa C-199/82, *Amministrazione delle Finanze* c. *San Giorgio S.p.A.*, in *Racc.*, 1983, 3595, che costituisce l'immediato antecedente della sent. n. 113 del 1985 della Corte costituzionale.

[45] Cfr. Corte cost., ord. n. 536 del 1995.

[46] Cfr. Corte cost., sent. n. 113 del 1985, punto 5 della motivazione.

biano *la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate*»[47].

Tale giurisprudenza, poi, ha trovato seguito in una serie di pronunce con le quali la Consulta ha confermato che «le statuizioni interpretative della Corte di giustizia delle comunità europee hanno, al pari delle norme comunitarie direttamente applicabili, operatività immediata negli ordinamenti interni»[48] e che «analoga efficacia è stata riconosciuta (…) anche alle norme comunitarie come interpretate da pronunce rese dalla medesima Corte in sede contenziosa»[49].

È evidente, quindi, che la Corte costituzionale si colloca agli antipodi con quanto stabilito, invece, dalla Corte di giustizia, a partire dalla famosa sentenza *Cilfit* del 1982[50], dove affermò che le proprie sentenze interpretative hanno il valore di veri e propri precedenti giurisprudenziali. Per la Corte di giustizia, infatti, il giudice nazionale di ultima istanza non è obbligato a sollevare una questione pregiudiziale se «la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale» o se esiste già una giurisprudenza comunitaria costante resa su fattispecie analoghe[51].

E d'altronde, era ovvio che, per il giudice del Lussemburgo, la soluzione più adeguata al ruolo che essa intende giocare nel panorama europeo fosse proprio una soluzione di tal genere, che facesse perno, quindi, sull'efficacia generale delle proprie pronunce (anche se è improprio riconoscere loro efficacia *erga omnes*) e sulla propria conseguente posizione sovraordinata rispetto a quella dei giudici rimettenti. È altrettanto evidente, però, che questa posizione non poteva, né può, essere accolta dalla Corte costituzionale almeno fintantoché l'ordinamento comunitario non sia in grado di fornire agli Stati membri sufficienti garanzie di democraticità.

---

[47] Cfr. Corte cost., sent. n. 389 del 1989, punto 3 della motivazione.

[48] Cfr. Corte cost., ord. n. 132 del 1990; ord. 9 dicembre 1991, n. 444, in *Foro it.*, 1992, I, 3247 ss.; nonché, più di recente, ord. n. 255 del 1999.

[49] Cfr. Corte cost., sent. n. 168 del 1991, punto 4 della motivazione.

[50] Cfr. Corte giust. CE, sent. 6 ottobre 1982, causa C-283/81, *Cilfit* c. *Ministero della sanità*, in *Racc.*, 1982, 3415 ss. Sul punto, cfr. anche F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria*, cit., 1204 ss., secondo il quale la Corte costituzionale dovrebbe aderire alla tesi del valore di precedente delle sentenze della Corte di giustizia stabilendo finalmente una coerenza tra le giurisprudenze delle due Corti.

[51] Sugli effetti delle sentenze della Corte di giustizia, P. BIAVATI-F. CARPI, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, 423 ss.

6. L'affermazione della teoria dei controlimiti e la risposta del giudice del Lussemburgo: la tutela comunitaria dei diritti

Da quanto sin qui affermato, emerge che, ricostruendo il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento statale in senso dualistico, la Corte costituzionale ha potuto conseguire, contestualmente, due risultati di indubbia importanza: da una parte, infatti, si è allineata alle posizioni della Corte di giustizia riconoscendo (nonostante l'accoglimento di una tesi concettualmente agli antipodi rispetto a quella monista abbracciata da quest'ultima), nelle materie di competenza comunitaria, il primato del diritto comunitario su quello interno. Dall'altra, ha evitato che la giurisprudenza del giudice comunitario si sovrapponesse alla propria originando un conflitto tra le due Corti difficilmente sanabile se non a condizione di abbandonare il proprio ruolo di supremo garante della Costituzione, nonché di organo di chiusura del sistema.

Certo, tutto questo ha avuto un prezzo che, tutto sommato, non è di lieve entità, se si considera che, come si diceva, la Corte costituzionale, in una qualche misura, ha dovuto rinunciare ad esplicare il proprio sindacato nelle materie di competenza comunitaria, limitando i propri interventi soltanto alle questioni nelle quali non viene in discussione il diritto comunitario direttamente applicabile, questioni che, per la verità, a seguito dell'assunzione da parte dell'UE di sempre nuove competenze e dell'applicazione massiccia dei poteri impliciti e della sussidiarietà, risultano essere sempre meno.

Anche la c.d. teoria dei controlimiti, elaborata sulla scia di questa giurisprudenza, si allinea alla suddetta ricostruzione. La Corte costituzionale, infatti, ha ammesso la prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello statale solo a condizione che il diritto comunitario non violi i princìpi fondamentali e i diritti inalienabili riconosciuti e garantiti dalla Costituzione italiana che, in questo modo, hanno finito per rappresentare l'unico limite assolutamente insuperabile dalla ineluttabile penetrazione dell'ordinamento comunitario in quello interno [52].

Così, pur rimanendo – volontariamente – estranea alle questioni che hanno interessato l'applicazione del diritto comunitario, la Corte ha potuto ribadire e rafforzare la centralità del proprio ruolo all'interno dell'ordinamento giuridico statale anche, limitatamente alla tutela dei diritti, nelle materie di competenza co-

---

[52] Cfr. F. Sorrentino, *Corte costituzionale e Corte di giustizia delle Comunità europee*, I, Milano, 1970, 105 ss., per il quale le limitazioni di sovranità alle quali si riferisce l'art. 11 Cost. sono consentite solo a condizione che i soggetti internazionali in favore dei quali sono disposte tali limitazioni si pongano come scopo la pace e la giustizia tra le nazioni. Si veda anche, sul punto, M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 557 ss., il quale giustamente si chiede se «protezione di *diritti* e protezione di *princìpi* fondamentali si equivalgano davvero» (*ivi*, 572). Sulla teoria dei controlimiti, per tutti, M. Cartabia, *Princìpi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 95 ss.; F. Donati, *Diritto comunitario*, cit., 139 ss.

munitaria. La creazione di questa *riserva di giurisdizione*, cioè, ha avuto sì come obiettivo quello di garantire l'inviolabilità da parte del diritto comunitario del cuore della Costituzione italiana, di quell'insieme di princìpi e diritti, cioè, che rappresentano il nucleo intangibile della Carta costituzionale (nonché, per alcuni, l'essenza stessa della sovranità statale) [53], ma anche, contestualmente, quello di esaltare il ruolo della Corte costituzionale come soggetto legittimato a difendere ad oltranza la Costituzione e i diritti dei singoli, in quanto organo – unico e irrinunciabile – di chiusura del sistema.

La teoria dei controlimiti (affermatasi sin dal 1965 [54] e confermata dalla successiva giurisprudenza costituzionale) [55], tuttavia, ha anche prodotto, oltre ai risultati ai quali si è accennato poc'anzi, un esito, tutto sommato, prevedibile. La Corte del Lussemburgo, infatti, con la sensibilità che ne ha contraddistinto l'operato sin dal principio, comprese immediatamente che l'affermazione del primato del diritto comunitario sui diritti degli Stati membri avrebbe potuto subire una considerevole battuta d'arresto se non fosse riuscita, in una qualche maniera, a neutralizzare la teoria dei controlimiti elaborata dalla Corte costituzionale italiana (e dal Tribunale costituzionale federale tedesco che, com'è noto, proprio in quegli anni, aveva assunto pressoché la medesima posizione della nostra Corte) [56].

---

[53] Per un'analisi – a mio avviso, giustamente – critica della dottrina che fa risiedere la sovranità nei diritti, si veda, per tutti, C. DE FIORES, *I diritti inviolabili dell'uomo tra crisi della sovranità ed uso della forza*, in *Pol. dir.*, 2000, 225 ss.

[54] Cfr. Corte cost., sent. n. 98 del 1965. Sul punto, M. CARTABIA, *Princìpi inviolabili*, cit., 102.

[55] Cfr. Corte cost., sentt. n. 183 del 1973; n. 170 del 1984; 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, 1001 ss., con osservazioni di M. CARTABIA, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, *ivi*, 1012 ss.; L. DANIELE, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria*, in *Foro it.*, 1990, I, 1855 ss.; V. ANGIOLINI, *Trasformazione dei «princìpi fondamentali» della Costituzione italiana in confronto al diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1991, 143 ss.; G. GAJA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 232 del 1989 e i «controlimiti» alla superiorità del diritto comunitario*, in *La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, Milano, 1991, 81 ss.; F. DONATI, *La motivazione nella sent. n. 232 del 1989 ed il «bilanciamento» tra interessi nazionali ed interessi comunitari nel sindacato sui «controlimiti»*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. RUGGERI, Torino, 1994, 494 ss.; ord. n. 132 del 1990; sent. n. 168 del 1991; sent. 31 marzo 1994, n. 117, in *Giur. cost.*, 1994, 994 ss., con nota di A. CELOTTO, *La Corte costituzionale ribadisce l'idoneità delle norme comunitarie a derogare a norme interne di rango costituzionale … ma lascia aperti notevoli problemi teorici*, in *Giur. it.*, 1995, I, 193 ss.; sent. 18 dicembre 1995, n. 509, in *Foro it.*, 1996, I, 784 ss., con osservazioni di A. BARONE, *Corte Costituzionale e diritto comunitario*, cit., *ivi*, 785 ss.; ord. n. 536 del 1995; sent. 22 marzo 2001, n. 73, in *Giur. cost.*, 2001, 428 ss.

[56] Cfr. BVG, sent. 29 maggio 1974, c.d. *Solange I*, in *BverfGE*, 37, 271; 22 ottobre 1986, c.d. *Solange II*, in *BverfGE*, 73, 339, traduzione inglese in *Com. Mark. Law Rev.*, 1987, 225 ss. Si veda per un'analisi della giurisprudenza costituzionale di altri Stati membri, A. BENAZZO,

Così, ad un primo atteggiamento di totale chiusura nei confronti della protezione, a livello comunitario, dei diritti fondamentali [57], atteggiamento originato soprattutto dalla circostanza che, sul punto, i Trattati istitutivi – salvo alcuni sporadici riferimenti a situazioni particolari [58] –, tacevano, e che portò il giudice comunitario a rifiutarsi di giudicare della legittimità degli atti comunitari utilizzando come parametro le norme costituzionali degli Stati membri sui diritti fondamentali [59], ha fatto seguito una giurisprudenza attraverso la quale la Corte di giustizia ha riconosciuto che i diritti fondamentali della persona umana costituiscono parte integrante dei princìpi generali del diritto comunitario di cui essa stessa deve garantire l'osservanza sia da parte degli atti comunitari [60], sia da parte degli

---

Diritti fondamentali, giudici costituzionali e integrazione europea, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 835 ss.; G. STROZZI, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e ordinamenti degli stati membri*, in *Scritti degli allievi in memoria di G. Barile*, Padova, 1995, 297 ss.

[57] Cfr. Corte giust. CE, sent. 4 febbraio 1959, causa C-1/58, *Stork* c. *Alta Autorità della CECA*, in *Racc.*, 1959, 43 ss.; sent. 15 luglio 1960, cause riunite da C-36/59 a C-38/59 e C-40/59, *Uffici di vendita di carbone della Ruhr*, in *Racc.*, 1960, 857 ss.; sent. 1 aprile 1965, causa C-40/64, *Sgarlata*, in *Racc.*, 1965, 272 ss. Cfr. M. CARTABIA, *Princìpi inviolabili*, cit., 22; F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 2 ss. In dottrina, ritiene che non si sia trattato di un vero e proprio diniego di giustizia P.H. TEITGEN, *La protection des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de Justice de Communautées europeennes*, in *L'adhesion des Communautes europeennes. La Convention europeenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1981, 24 ss.

[58] Ad esempio il principio di non discriminazione in base alla nazionalità o al sesso oppure il diritto alla libera circolazione delle merci, delle persone e dei servizi. Sul punto, cfr., tra la dottrina più risalente, P. PESCATORE, *Les droits de l'homme et l'integration européenne*, in *Cahiers de Droit Européen*, 1968, 69 ss.; nonché G. CANSACCHI, *La cittadinanza comunitaria e i diritti fondamentali*, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984, 444 ss.; F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo*, cit., 1 ss.; G. TESAURO, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1992, 426 ss., e dello stesso Autore *Il ruolo della Corte di giustizia nell'elaborazione dei princìpi generali dell'ordinamento europeo e dei diritti fondamentali*, in *La Costituzione europea* (Atti del Convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, Perugia, 7-9 ottobre 2000), Padova, 2000, 297 ss.

[59] Chiaramente per la Corte di giustizia era assolutamente impensabile ammettere di poter utilizzare un parametro esterno, le Costituzioni degli Stati membri, per effettuare il controllo sulla validità degli atti comunitari perché ciò avrebbe significato sacrificare la libertà di azione degli organi comunitari e l'autonomia e prevalenza dell'ordinamento comunitario rispetto a quello degli Stati membri. Con la conseguenza che, sino a quando non ebbe l'intuizione di ricostruire i diritti fondamentali come princìpi generali del diritto comunitario non poté far altro che mantenere una posizione rigorosamente astensionista. In termini simili anche M. CARTABIA, *Princìpi inviolabili*, cit., 23.

[60] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 12 novembre 1969, causa C-29/69, *Stauder* c. *Città di Ulm*, in *Racc.*, 1969, 419 ss.; 17 dicembre 1970, causa C-11/70, *Internationale Handelgesellschaft*, in *Racc.*, 1970, 1125 ss., dove per la prima volta la Corte fa riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; 14 maggio 1974, causa C-4/73, *Nold* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1974, 491 ss.; 28 ottobre 1975, causa C-36/75, *Rutili*, in *Racc.*, 1975, 1219 ss., dove la Corte per la prima volta fa riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo; 13 dicembre

atti normativi adottati dagli Stati membri in attuazione del diritto comunitario [61], fatta eccezione – esclusivamente – per quella normativa nazionale priva di ogni legame con quest'ultimo [62].

A seguito di questa giurisprudenza, com'è noto, anche i Trattati istitutivi sono stati modificati e integrati, relativamente alla tutela dei diritti, dal Trattato di Maastricht prima e da quello di Amsterdam poi [63], con l'istituzione dell'Unione europea e l'introduzione del principio del rispetto dei diritti fondamentali «quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (…), e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto princìpi del diritto comunitario» (art. 6 TUE) [64].

1979, causa C-44/79, *Hauer*, in *Racc.*, 1979, 3727 ss., dove si afferma esplicitamente che i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario.

[61] Cfr. Corte giust. CE, sent. 13 luglio 1989, causa C-5/88, *Wachauff*, in *Racc.*, 1989, 2609 ss. Sono sindacabili dalla Corte di giustizia, inoltre, anche le giustificazioni che gli Stati membri adducono al fine di giustificare l'adozione di misure restrittive della concorrenza. Così Corte giust. CE, sent. 18 giugno 1991, causa C-260/91, *Elliniki Radiophonia*, in *Racc.*, 1991, 2925 ss.

[62] Così esplicitamente in Corte giust. CE, sent. 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow*, in *Racc.*, 1997, 2695 ss.

[63] In particolare, sul punto, S. NEGRI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario alla luce del Trattato di Amsterdam*; B. NASCIMBENE, *Tutela dei diritti fondamentali, sanzioni e controllo della Corte di giustizia. Verso il Trattato di Amsterdam*, entrambi in *Dir. un. eur.*, 1997, risp. 233 ss. e 773 ss.

[64] A ciò si aggiunga quanto previsto dall'art. 7 TUE, come modificato dal Trattato di Nizza, ai sensi del quale «1. Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro di uno o più princìpi di cui all'art. 6, § 1, e rivolgergli le appropriate raccomandazioni. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e, deliberando secondo la medesima procedura, può chiedere a delle personalità indipendenti di presentare entro un termine ragionevole un rapporto sulla situazione nello Stato membro in questione. Il Consiglio verifica regolarmente se i motivi che hanno condotto a tale constatazione permangono validi.

2. Il Consiglio, riunito nella composizione dei capi di Stato o di governo, deliberando all'unanimità su proposta di un terzo degli Stati membri o della Commissione e previo parere conforme del Parlamento europeo, può constatare l'esistenza di una violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro di uno o più princìpi di cui all'art. 6, § 1, dopo aver invitato il governo dello Stato membro in questione a presentare osservazioni.

3. Qualora sia stata effettuata la constatazione di cui al § 2, il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può decidere di sospendere alcuni dei diritti derivanti allo Stato membro in questione dall'applicazione del presente trattato, compresi i diritti di voto del rappresentante del governo di tale Stato membro in seno al Consiglio. Nell'agire in tal senso, il Consiglio tiene conto delle possibili conseguenze di una siffatta sospensione sui diritti e sugli

Certo, nei Trattati non è codificato un vero e proprio catalogo di diritti perché, come si è visto, l'art. 6 TUE si limita ad effettuare un rinvio alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, il che comporta, com'è evidente, una difficoltà intrinseca, essendo demandato alla Corte di giustizia il delicato compito di estrapolare da queste ultime – quando non faccia esplicito riferimento ai diritti previsti dalla CEDU [65] – i diritti fondamentali che troveranno tutela dinanzi ad essa [66].

Ciononostante, una sorta di catalogo dei diritti fondamentali riconosciuti e garantiti a livello comunitario, ancorché elementare e affatto incompleto, è stato elaborato proprio dalla Corte del Lussemburgo attraverso una coraggiosa giuri-

---

obblighi delle persone fisiche e giuridiche. Lo Stato membro in questione continua in ogni caso ad essere vincolato dagli obblighi che gli derivano dal presente trattato.

4. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può successivamente decidere di modificare o revocare le misure adottate a norma del paragrafo 3, per rispondere ai cambiamenti nella situazione che ha portato alla loro imposizione.

5. Ai fini del presente articolo, il Consiglio delibera senza tenere conto del voto del rappresentante dello Stato membro in questione. Le astensioni dei membri presenti o rappresentati non ostano all'adozione delle decisioni di cui al § 2. Per maggioranza qualificata si intende una proporzione di voti ponderati dei membri del Consiglio interessati pari a quella prevista all'art. 205, paragrafo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea. Il presente paragrafo si applica anche in caso di sospensione dei diritti di voto a norma del § 3.

6. Ai fini dei paragrafi 1 e 2, il Parlamento europeo delibera alla maggioranza dei due terzi dei voti espressi, che rappresenta la maggioranza dei suoi membri».

[65] Sul punto, si veda quanto affermato da C. PINELLI, *Judicial Protection of Human Rights in Europe and the Limits of a Judge-Made System*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 987 ss.

[66] Per l'analisi della questione relativa all'individuazione dello *standard* di tutela cfr., da ultimo, L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella Corte di giustizia delle comunità europee*, in questo volume. Sia sufficiente, in questa sede, limitarsi ad accennare al fatto che non è stato accolto il c.d. approccio massimalista propugnato da una parte della dottrina «che vorrebbe che la Corte di giustizia scegliesse per l'ordinamento comunitario il più elevato *standard* di protezione di ciascun diritto fondamentale disponibile nelle Costituzioni degli Stati membri». Il rigetto di questo approccio, d'altronde, come giustamente sottolineato, è dovuto a ciò che esso «affiderebbe la tutela dei diritti fondamentali al *dictat* costituzionale di un singolo Stato membro». In molti casi, inoltre, sarebbe addirittura «impossibile applicarlo quando, ad esempio, diversi Stati membri utilizzano massimi *standard* confliggenti». Sul punto, M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 222; S. GAMBINO, *Il diritto costituzionale europeo: princìpi strutturali e diritti fondamentali*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 1 ss. Sul ruolo della Corte di giustizia nella elaborazione del diritto comunitario non scritto, si veda, da ultimo, F. BILANCIA, *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Torino, 2002, 123 ss., nonché, per il rapporto tra Carta di Nizza e tradizioni costituzionali comuni P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, Genova, 2002, 6 ss., in partic. 17 ss.

sprudenza ormai più che trentennale. Tale catalogo, sul quale torneremo, sia pure concisamente, più avanti [67], comprende diritti della più varia natura riconducibili ora alla categoria dei diritti civili ora a quella dei diritti politici o sociali. Tuttavia, l'affermazione della tutela giurisdizionale dei diritti a livello comunitario se, da una parte, appare il frutto dell'encomiabile e meritoria opera ricostruttiva della Corte di giustizia, dall'altra pone un interrogativo inquietante sulla sorte dei c.d. controlimiti.

La Corte costituzionale, infatti, come si è detto, elaborò quella teoria per arginare la penetrazione del diritto comunitario nell'ordinamento interno, per attenuarne l'impatto sul diritto statale, per mantenere gli effetti delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. entro margini tollerabili. Ed è evidente che i controlimiti potevano assolvere a quella importante funzione soltanto nella misura in cui la Corte di giustizia avesse continuato a negare l'esistenza dei diritti fondamentali a livello comunitario. Nelle materie di competenza comunitaria, la Corte costituzionale poteva controllare che la legge di esecuzione del Trattato non immettesse nel nostro ordinamento norme contrastanti con i princìpi fondamentali e i diritti inalienabili della persona umana solo se gli stessi princìpi e diritti non fossero stati riconosciuti e garantiti anche a livello comunitario [68]. Pertanto, nel momento in cui il giudice comunitario ha ammesso che essi fanno parte dei princìpi generali del diritto comunitario e ha avocato a sé la competenza a tutelarli anche a quel livello, la riserva di giurisdizione posta dalla Corte costituzionale deve ritenersi superata oppure no? I diritti tutelati a livello comunitario sono la stessa cosa dei diritti tutelati dalla nostra Costituzione? Che cosa rimane della teoria dei controlimiti? O, meglio, in che cosa più propriamente vengono a consistere i controlimiti?

7. La diversità tra diritti costituzionali e diritti comunitari e la persistente validità della teoria dei controlimiti

Per rispondere a queste domande bisogna distinguere due situazioni tra loro assai differenti. È chiaro che la teoria dei controlimiti trova applicazione soltanto

---

[67] *Infra*, § 8.

[68] Si veda, ad esempio, Corte cost., sent. n. 509 del 1995, cit. (sulla quale, oltre ad A. Barone, *Corte costituzionale e diritto comunitario*, cit., 785 ss., si veda I. Viarengo, *Diritto comunitario e valori fondamentali tra sindacato di costituzionalità e controllo di validità della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1997, 367 ss.), dove la Corte ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale di una disposizione di un regolamento comunitario, perché sollevata dal giudice *a quo* direttamente su quest'ultima «e non per il tramite della legge di esecuzione del Trattato, senza prospettare una violazione di princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale o di diritti inalienabili della persona umana che questa Corte deve salvaguardare anche rispetto all'applicazione del diritto comunitario» (punto 3 del considerato in diritto).

nelle materie di competenza comunitaria. Ed è altresì evidente che, in queste materie, i controlimiti dovrebbero continuare ad applicarsi esattamente come prima se il diritto o il principio che si presume essere stato violato dal diritto comunitario non è garantito a quel livello, ma solo a livello costituzionale. In questo caso, infatti, se un atto comunitario viola un diritto che non ha ancora trovato alcun riconoscimento nell'ordinamento comunitario, spetterà alla Corte costituzionale intervenire e giudicare della legittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato nella parte in cui immette nel nostro ordinamento norme lesive di quel diritto riconosciuto dalla Costituzione italiana come fondamentale.

Ma se, invece, quel principio o diritto è tutelato sia a livello comunitario sia a livello statale che cosa accade? Se, cioè, il medesimo diritto, o un diritto con lo stesso *nomen*, è riconosciuto e garantito in entrambi gli ordinamenti, la teoria dei controlimiti subisce una trasfigurazione oppure no?

Le possibili risposte a tale interrogativo possono essere soltanto tre: o i controlimiti vengono completamente svuotati di significato e allora la Corte costituzionale, proprio in ragione del principio del primato del diritto comunitario che essa stessa ha accolto, dovrebbe farsi da parte e negare il proprio sindacato anche nel caso in cui si facesse questione di un principio fondamentale o di un diritto inviolabile. Oppure, il riconoscimento a livello comunitario dell'esistenza dei diritti fondamentali, sulla protezione dei quali la Corte di giustizia ha affermato la propria competenza, ha avuto come unico effetto, nel caso di diritti coincidenti, in tutto o in parte, di modificare la portata del concetto di *controlimite*. Ovvero, ancora, la teoria dei controlimiti mantiene intatta integralmente la propria validità, perché i princìpi e diritti tutelati a livello comunitario pur avendo la medesima denominazione di quelli tutelati a livello costituzionale, risultano essere, nella loro essenza, assai diversi da questi ultimi.

Certo, non è più possibile intendere i controlimiti nella loro portata più ampia perché se, al loro esordio, essi consistevano nei princìpi fondamentali e nei diritti inalienabili integralmente considerati, oggi il loro significato non può più essere così esteso. All'inizio, infatti, proprio a causa dell'inerzia della Corte di giustizia, la Corte costituzionale poteva opporre come controlimite al primato del diritto comunitario un qualunque principio o diritto da essa stessa definito come fondamentale o inalienabile, poteva cioè affermare che anche la violazione più modesta di quel determinato principio o diritto costituiva, in quanto tale, un'inaccettabile compressione della sovranità statale.

Tuttavia, dopo che la Corte di giustizia ha riconosciuto di poter sindacare la validità degli atti comunitari utilizzando come parametro i diritti fondamentali – in quanto princìpi generali del diritto comunitario –, alla Corte costituzionale non è rimasta altra soluzione che modificare la portata dei controlimiti, a meno di non accettare di perdere il proprio ruolo di garante ultimo del nucleo immodificabile della Carta costituzionale. Così, non sarà più la *mera* violazione di un principio fondamentale o di un diritto inviolabile costituzionalmente garantiti a poter concretizzare, di per sé, la violazione di un controlimite, perché quando quel medesimo principio o diritto è tutelato anche a livello comunitario, la Cor-

te costituzionale potrà applicare la teoria dei controlimiti soltanto nella misura in cui la tutela comunitaria degli stessi sia meno stringente rispetto a quella apprestata dal nostro ordinamento.

Cosa che può capitare, a mio avviso, almeno in due circostanze apparentemente simili, ma – di fatto – molto diverse. Può accadere, infatti, innanzi tutto, quando si tratta proprio *dello stesso principio o diritto* che riceve, nell'ordinamento costituzionale, una tutela più penetrante di quella che riceve nell'ordinamento comunitario. In questo caso i princìpi fondamentali e i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dalla Costituzione italiana potranno essere considerati dalla Corte costituzionale come veri e propri controlimiti soltanto se la violazione perpetrata ai loro danni da parte degli atti comunitari abbia ad oggetto il loro nucleo essenziale, irrinunciabile e irriducibile.

In secondo luogo, è evidente che la teoria dei controlimiti potrà sempre essere applicata dalla Corte costituzionale quando si consideri l'evidente asimmetria esistente tra il piano comunitario e il piano costituzionale sul quale agiscono le garanzie, per cui un diritto fondamentale, pur avendo lo stesso *nomen*, può avere una portata intrinseca assai differente a livello comunitario rispetto a quella che ha a livello statale. Non si deve sottovalutare, cioè, il fatto che, diversamente da quanto accade a livello comunitario, nel nostro ordinamento i diritti fondamentali sono anche e soprattutto strutture di valore, aperti ad una pluralità di letture possibili che vivono nella storia e che essi «sono destinati a colorarsi di significati diversi a seconda degli ordinamenti in cui vengono riconosciuti» [69].

Così, toccherà alla Corte costituzionale valutare, caso per caso, se, un determinato diritto fondamentale, pur avendo il medesimo *nomen*, riceva a livello comunitario la stessa tutela che riceve a livello costituzionale, e questa analisi dovrà essere effettuata tenendo ben presente che, ancora oggi, la Corte di giustizia tutela i diritti fondamentali soltanto nella misura in cui il loro riconoscimento sia strumentale a garantire la preminenza del diritto comunitario su quello degli Stati membri. Non solo, ma sarà altresì necessario rammentare che quegli stessi diritti, a livello comunitario, possono subire tutte le limitazioni necessarie (purché non ne sia lesa la sostanza) [70] al raggiungimento degli obiettivi posti dal Trattato tra i quali, *in primis*, la costruzione del mercato unico [71], mentre a livello statale è

---

[69] Così M. LUCIANI, *La Costituzione italiana*, cit., 573. Sul punto, si veda anche R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2001, 209 ss., che rileva come, a livello comunitario, i diritti fondamentali sembrano configurarsi ancora come diritti pubblici soggettivi.

[70] Cfr. Corte giust. CE, sent. *Nold*, 14 maggio 1974, cit.

[71] Cfr. E. PAGANO, *I diritti fondamentali nella Comunità dopo Maastricht*, in *Dir. Un. eur.*, 1996, 163 ss., in partic. 177-178. Si veda anche, sul punto, Corte giust. CE, sentt. 17 ottobre 1995, causa C-44/94, *The Queen* c. *Minister of Agriculture e altro*, in *Racc.*, 1995, 3115 ss.; 6 marzo 2001, causa C-273/99 P, *Connolly*, in *Racc.*, 2001, 1575 ss., dove si ribadisce che «i diritti fondamentali, pur integrando prerogative assolute, possono subire restrizioni, a condizione che queste corrispondano effettivamente ad obiettivi di interesse perseguito dalla Co-

chiaro che il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali si cala nelle finalità generali delle quali lo Stato si fa portatore (con la conseguenza che anche i limiti sono soltanto quelli che la Costituzione consente) [72].

In questo caso, quindi, il rapporto tra la tutela comunitaria e quella statale dello stesso diritto fondamentale, o, meglio, del diritto fondamentale con il medesimo *nomen*, è tale che potrebbe portare a due esiti assolutamente divergenti: infatti, da una parte, potrebbe attivarsi quel dialogo, peraltro sommamente auspicabile, tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia, in forza del quale l'ordinamento comunitario potrebbe arricchirsi dell'esperienza costituzionale statale e viceversa; dall'altra, però, potrebbe comportare il rischio, più o meno fondato, di un conflitto tra la giurisprudenza comunitaria e quella costituzionale, conflitto che, se portato alle sue più estreme conseguenze, potrebbe avere effetti anche devastanti sul processo di integrazione europea.

È vero, dunque, che il principio in base al quale è stato ricostruito il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno è tale per cui «ove si espande un sistema si restringe l'altro» [73]. Ed è anche vero che le competenze comunitarie sono aumentate ad un punto tale che la Corte costituzionale rischia di rimanere, per volontà o per necessità, ai margini del processo di integrazione europea. Così come è vero che la teoria dei controlimiti rischia di essere completamente svuotata di significato dall'affermazione della tutela dei diritti fondamentali anche a livello comunitario (specie nel caso in cui la Carta di Nizza dovesse acquisire una portata giuridicamente vincolante) [74]. E tuttavia, ricostruendo la teoria

---

munità e non costituiscano, in relazione all'obiettivo perseguito, un'ingerenza sproporzionata ed intollerabile che pregiudicherebbe, per l'effetto, la sostanza dei diritti così garantiti».

[72] Sul punto si veda P. RIDOLA, *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*, in *Quad. cost*., 2000, 15 ss., in partic. 25.

[73] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, cit.

[74] Sulla Carta di Nizza la dottrina è già moltissima. Si vedano comunque sul punto, relativamente alle vicende che hanno preceduto il vertice di Colonia, A. APOSTOLI, *La «Carta dei diritti» dell'Unione europea*, Brescia, 2000, 3 ss.; nonché, sulla Carta in generale, G. BRONZINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ovvero l'Europa dopo la guerra in Kosovo e la crisi austriaca)*, in *Questione giustizia*, 2000, 937 ss.; G. CANNELLA, *La carta dei diritti: un passo verso un'Europa democratica?*, in *Questione giustizia*, 2001, 148 ss.; A. MANZELLA-P. MELOGRANI-E. PACIOTTI-S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; *L'Europa dei diritti*, R. BIFULCO-M. CARTABIA-A. CELOTTO (a cura di), Bologna, 2001; A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, 2001, 193 ss.; U. DE SIERVO, *L'ambigua relazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 43 ss.; A. VON BOGDANDY, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, *ivi*, 849 ss.; S. BAER, *La Carta europea dei diritti fondamentali o dell'ambivalenza*, *ivi*, 901 ss.; V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, *ivi*, 923 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, *ivi*, 939 ss.; M.A. CABIDDU, *Costituzione europea e Carta dei diritti fondamentali*, in A. QUADRIO CURZIO, *Profili del-*

dei controlimiti come si è fatto poc'anzi, la Corte costituzionale, che in caso contrario correrebbe il rischio concreto di rimanere tagliata fuori da tutte le controversie sui diritti fondamentali [75], potrebbe continuare, invece, a mantenere a se stessa la competenza più importante, e cioè quella di proteggere il nucleo intangibile di valori sui quali trova il proprio fondamento il nostro ordinamento costituzionale.

8. La giurisprudenza comunitaria sui diritti: la formulazione di un catalogo incompleto. Cenni

Analizziamo, ora, sia pure per sommi capi, la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte costituzionale al fine di verificare, innanzi tutto, se vi sia stato un qualche rapporto tra le due Corti in punto di tutela dei diritti fondamentali e, in secondo luogo, ma solo in caso di risposta affermativa, se si sia trattato di un rapporto di tipo collaborativo o, viceversa, conflittuale.

In precedenza, abbiamo accennato al fatto che la Corte di giustizia attraverso la propria giurisprudenza pretoria ha elaborato una sorta di catalogo dei diritti fondamentali che comprende diritti della più varia natura, da quelli civili e politici a quelli sociali ed economici [76]. La costruzione di siffatto catalogo di diritti (o pseudo-catalogo, vista la sua formulazione ancora alquanto primordiale) ha preso le mosse dall'affermazione, a livello giurisprudenziale, innanzi tutto dei classici diritti sui quali, generalmente, trovano il proprio fondamento gli ordinamenti democratici contemporanei [77], e cioè, come afferma l'art. 6 della CEDU, «il diritto alla tutela giurisdizionale, davanti a un giudice indipendente ed imparziale attraverso un giusto processo, idoneo a dare effettività alla tutela stessa» [78].

Così, a livello comunitario, è stato riconosciuto il principio della effettività [79]

---

la Costituzione economica europea, Bologna, 2001, 177 ss.; G.F. Ferrari, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, a cura di G.F. Ferrari, Milano, 2001, 1 ss.; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002, 104 ss.

[75] Sul punto, ancora una volta G. Zagrebelsky, *Corti europee e corti nazionali*, cit.

[76] *Supra*, § 6. Sulla tutela dei diritti in ambito comunitario, cfr., tra i molti, P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella «Costituzione europea»*; G. Ferrara, *I diritti politici nell'ordinamento europeo*; M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *La Costituzione europea*, cit., risp. 323 ss., 473 ss., 507 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali nell'ordinamento nazionale e nell'ordinamento comunitario: due modelli a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 946 ss.

[77] Così, giustamente L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998, 112.

[78] Cfr. G. Morbidelli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, 3 ss.

[79] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 15 maggio 1986, causa C-222/84, *Johnston*, in *Racc.*, 1986, 1651 ss.; 15 ottobre 1987, causa C-222/86, *Heylens*, in *Racc.*, 1987, 4097 ss.; 7 maggio 1991,

e della pienezza della tutela giurisdizionale [80], il principio della certezza del diritto [81], il diritto al giusto processo [82] – inteso anche come diritto alla durata ragionevole del processo [83]–, il diritto alla difesa [84] nei confronti di qualsiasi categoria di atti comunitari e nazionali [85], il diritto ad essere giudicati da un giudice indipendente e imparziale [86], il diritto al contraddittorio [87], il principio del *ne bis in idem* [88] e così via [89].

---

causa C-340/89, *Irene Vlassopoulou*, in *Racc.*, 1991, 2385 ss., con osservazioni di C. POMA, *La libera circolazione dei professionisti e il riconoscimento dei titoli di studio*, in *Dir. com. sc. int.*, 1992, 669 ss.; 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borrelli*, in *Racc.*, 1992, 6313 ss., con osservazioni di R. CARANTA, *Sull'impugnabilità degli atti endoprocessuali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, in *Foro amm.*, 1994, 752 ss.; 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare e altri* c. *Regione Lombardia*, in *Racc.*, 1997, 3395 ss.

[80] Cfr. Corte giust. CE, sent. *Oleificio Borrelli*, 3 dicembre 1992, cit.

[81] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 12 luglio 1984, causa C-209/83, *Ferriera Valsabbia* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1984, 3089 ss.; 26 novembre 1985, causa C-42/85, *Cockerill-Sambre* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1985, 3749 ss.; 15 aprile 1997, causa C-27/95, *Woodspring District Council* c. *Soc. Bakers of Nailsea*, in *Racc.*, 1997, 1847 ss.; 9 settembre 1999, causa C-217/97, *Commissione* c. *Germania*, in *Racc.*, 1999, 5105 ss. In dottrina, sul punto, E. CASTORINA, «*Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio «comune»*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1998, 1117 ss.

[82] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 5 marzo 1980, causa C-98/79, *Pecastaing*, in *Racc.*, 1980, 691 ss.; *Kremzow*, 29 maggio 1997, cit.; 27 novembre 2001, causa C-270/99 P, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[83] Cfr. Corte giust. CE, sent. 24 novembre 1987, causa C-223/85, *RSV* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1987, 4617 ss., punto 14; sent. 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1998, 8417 ss., punto 21.

[84] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 13 febbraio 1979, causa 85/76, *Hoffmann-La Roche*, in *Racc.*, 1979, 461 ss.; 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, *Paesi Bassi e altri* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1992, 565 ss.; 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fissano* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1994, 2885 ss.; 24 ottobre 1996, causa C-32/95 P, *Commissione* c. *Lisretal e altri*, in *Racc.*, 1996, 5373 ss.; 28 marzo 2000, causa C-7/98, *Krombach*, in *Racc.*, 2000, 1935 ss.

[85] Cfr. Corte giust. CE, sentt. *Heylens*, 15 ottobre 1987, cit.; *Oleificio Borrelli*, 3 dicembre 1992, cit.

[86] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 29 ottobre 1980, cause riunite da 209 a 215 e 218/78, *Landewyck e altri* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1980, 3125 ss.; 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion francaise e altri* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1983, 1825 ss.

[87] Cfr. Corte giust. CE, sent. 13 giugno 1996, causa C-144/95, *Maurin*, in *Racc.*, 1996, 2909 ss.

[88] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 5 maggio 1966, cause riunite C-18/65 e C-35/65, *Gutmann* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1966, 141 ss.; 15 marzo 1967, cause riunite C-18/65 e C-35/65, *Gutmann* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1967, 67 ss.; 14 dicembre 1972, causa C-7/72, *Boehringer* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1972, 1281 ss.; 8 novembre 2001, causa C-127/99, *Commissione* c. *Italia*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[89] Per una panoramica completa sul punto si veda per tutti G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 3 ss.

Nell'ambito della più tradizionale categoria dei diritti civili, poi, hanno trovato espresso riconoscimento il diritto al rispetto della vita privata [90], ivi compresa la protezione dei dati di carattere personale [91], il diritto di soggiorno, la libertà di espressione [92], la libertà religiosa, l'inviolabilità del domicilio (anche se solo nei confronti delle persone fisiche) [93]; così come, sia pure in maniera del tutto insufficiente, sono stati proclamati alcuni tra i più classici diritti, come ad esempio la libertà di riunione [94] e quella di associazione [95].

È evidente, però, che i diritti che, a livello comunitario, hanno trovato un più marcato riconoscimento sono quelli di stampo più squisitamente economico, che, per lo più, sono stati ricavati direttamente dai Trattati. In quest'ambito, rientrano senz'altro il diritto di proprietà [96] o anche il diritto di scegliere e praticare liberamente una professione [97], così come tutti quei diritti che si ricollegano di-

---

[90] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e C-227/88, *Hoechst AG* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1989, 2859 ss.; 17 ottobre 1989, cause riunite da C-97 a C-99/87, *Dow Chemical Ibérica SA* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1989, 3165 ss.; 5 ottobre 1994, causa C-404/92, *Commissione*, in *Racc.*, 1994, 4737 ss.

[91] Cfr. Corte giust. CE, sent. 14 settembre 2000, causa C-369/98, *Trevor Robert Fisher*, in *Racc.*, 2000, 6751 ss.

[92] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 13 dicembre 1989, causa C-100/88, *Oyowe e Traore* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1989, 4285 ss.; 25 luglio 1991, causa C-288/98, *Gouda* c. *Commissarial voor de Media*, in *Racc.*, 1991, 4007 ss.; 25 luglio 1991, causa C-353/89, *Commissione* c. *Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1991, 4069 ss.; 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *Society for the protection of unborn children Ireland Ltd.* c. *Grogan e altri*, in *Racc.*, 1991, 4685 ss.; 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie* c. *Commissariaat voor de Media*, in *Racc.*, 1993, 487 ss.; 13 dicembre 2001, C-340/00 P, *Commissione* c. *Michael Cwik*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[93] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 17 ottobre 1989, causa 85/87, *Dow Benelux* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1989, 3137 ss.; *Dow Chemical Ibérica*, 17 ottobre 1989, cit.; *Hoechst*, 21 settembre 1989, cit.; conclusioni dell'avv. gen. J. Mischo presentate il 25 ottobre 2001, causa C-244/99 P, *DSM NV e DSM Kunststoffen BV* c. *Commissione*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[94] Cfr. Corte giust. CE, sent. 8 luglio 1999, causa C-235/92 P, *Montecatini* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1999, 4539 ss.

[95] Cfr. Corte giust. CE, sent. 22 marzo 1990, causa C-201/89, *Le Pen*, in *Racc.*, 1990, 1183 ss.; 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, in *Racc.*, 1995, 4921 ss.

[96] Cfr. Corte giust. CE, sent. *Hauer*, 13 dicembre 1979, cit.; sent. 6 novembre 1984, causa C-182/83, *Fearon Irish*, in *Racc.*, 1984, 3677 ss.; sent. 29 febbraio 1996, cause riunite C-296/93 e C-307/93, *Repubblica francese e Irlanda* c. *Commissione*, in *Racc.*, 1996, 795 ss.; sent. 15 aprile 1997, causa C-22/94, *The Irish Farmers Association e altri*, in *Racc.*, 1997, 1809 ss.; sent. 17 dicembre 1998, causa C-186/96, *Demand* c. *Hauptzollamt Trier*, in *Racc.*, 1998, 8529 ss.; sent. 1 giugno 1999, causa C-302/99, *Klaus Konle*, in *Racc.*, 1999, 3099 ss.; sent. 19 settembre 2000, causa C-287/98, *Lussemburgo* c. *Linster*, in *Racc.*, 2000, 6917 ss.

[97] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 26 novembre 1996, causa C-68/95, *Soc. T. Port GmbH e Co.* c. *Bundesanstalt fur Landwirtschaft und Ernahrung*, in *Racc.*, 1996, 6065 ss.; 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Fintan e altro* c. *Minister of Agricolture and Food Ireland e altro*, in *Racc.*, 1996, 569 ss.

rettamente o indirettamente alla libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché alla libertà di stabilimento e agli innumerevoli divieti di discriminazione previsti dai Trattati. Proprio da queste libertà, inoltre, discende la tutela di alcuni tra i più importanti diritti sociali riconosciuti a livello comunitario. Così, ad esempio, il diritto all'istruzione [98], il diritto al lavoro [99], il diritto a tutta una serie di prestazioni sociali per sé [100] e per la propria famiglia [101]; il diritto alle ferie annuali retribuite [102]; la tutela delle lavoratrici gestanti [103] e delle lavoratrici madri [104], il diritto a prestazioni sanitarie positive [105] e così via.

La particolarità della proclamazione dei diritti fondamentali a livello comunitario è, come si diceva poc'anzi [106], il fatto che essi sono riconosciuti e garantiti in

---

[98] Cfr. Corte giust. CE, sent. 13 febbraio 1985, causa C-293/85, *Gravier*, in *Racc.*, 1985, 593 ss., dove si afferma che «il fatto che uno Stato membro imponga un canone, una tassa d'iscrizione o una tassa scolastica, come condizione per l'accesso ai corsi d'insegnamento professionale, agli studenti cittadini di altri Stati membri, mentre lo stesso onere non viene posto a carico degli studenti nazionali, costituisce una discriminazione in base alla cittadinanza vietata dall'art. 7 del trattato Cee». Si veda altresì la sent. 2 febbraio 1988, causa C-24/86, *Blaizot*, in *Racc.*, 1988, 379 ss., dove la Corte include gli studi universitari nella nozione di formazione professionale di cui all'art. 128 Trattato CE; nonché più di recente sent. 25 febbraio 1999, causa C-131/97, *Carbonari*, in *Racc.*, 1999, 1103 ss.

[99] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 3 luglio 1986, causa C-66/85, *Latrie-Blum*, in *Racc.*, 1986, 2121 ss.; *Heylens*, 15 ottobre 1987, cit.; *Bosman*, 15 dicembre 1995, cit.; 13 aprile 2000, causa C-176/96, *Jiry Lehtonen*, in *Racc.*, 2000, 2681 ss.; 3 luglio 2001, causa C-241/99, *Confederaciòn Intersindical Galega*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*, sull'organizzazione dell'orario di lavoro.

[100] Cfr. Corte giust. CE, sent. 23 maggio 2000, causa C-104/98, *Buchner e altri* e sent. 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk*, entrambe sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[101] Cfr. Corte giust. CE, sent. 16 ottobre 2001, causa C-212/00, *Salvatore Stallone*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[102] Cfr. Corte giust. CE, sent. 26 giugno 2001, causa C-173/99, BECTU, in *Racc.*, 2001, 4881 ss.

[103] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 8 novembre 1990, causa C-179/88, *Handels og Kontorfunktionaererners*, in *Racc.*, 1990, 3979 ss.; 5 maggio 1994, causa C-421/92, *Habermann-Beltermann*, in *Racc.*, 1994, 1657 ss.; 14 luglio 1994, causa C-32/93, *Webb*, in *Racc.*, 1994, 3567 ss.; 4 ottobre 2001, causa C-109/00, *Tele Danmark A/S* e 4 ottobre 2001, causa C-438/99, *Jimenez Melgar*, entrambe sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[104] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 12 luglio 1984, causa C-184/83, *Hofman*, in *Racc.*, 1984, 3047 ss.; *Johnston*, 15 maggio 1986, cit.; 25 ottobre 1988, causa C-312/86, *Commissione* c. *Francia*, in *Racc.*, 1988, 6315 ss.; 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, in *Racc.*, 2000, 69 ss.

[105] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 31 gennaio 1984, cause riunite C-286/82 e C-26/83, *Luisi e Carbone*, in *Racc.*, 1984, 377 ss.; 5 febbraio 1991, causa C-347/89, *Freistaat Bayern* c. *Eurim-Pharm Gmbh*, in *Racc.*, 1991, 1747 ss.; 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, in *Racc.*, 1998, 1931 ss.; 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Abdon Vanbraekel e altri*, e 12 luglio 2001, causa 157/00, *Smits e Peerbooms*, entrambe sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[106] *Supra*, § 6.

funzione del raggiungimento degli obiettivi posti dai Trattati e, quindi, in funzione essenzialmente della costruzione del mercato unico. Essi, pertanto, «non risultano per essere prerogative assolute e devono essere considerati in relazione alla funzione da essi svolta nella società» [107], devono cioè adattarsi alla struttura e agli scopi dell'Unione [108].

Tale concezione strumentale della tutela dei diritti fondamentali è particolarmente evidente nel caso dei diritti sociali (ma accade la medesima cosa anche con riguardo ai diritti di altra natura) [109]. Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, emerge che questi ultimi ricevono una tutela che, spesso, è solo indiretta, per lo più una conseguenza dell'applicazione del principio di uguaglianza formale [110] o della protezione di una libertà economica come, ad esempio, il diritto alla libera circolazione dei lavoratori [111] o alla libera prestazione di servizi [112]. È evidente, quindi, che il bene giuridico che si intende tutelare direttamente, in questi casi, sono le quattro libertà fondamentali riconosciute dal Trattato e volte ad agevolare la costruzione del mercato unico (il che, tutto sommato, costituisce un vero e proprio paradosso).

Non solo, ma da questa giurisprudenza emerge con chiarezza adamantina quale tipo di tutela l'ordinamento comunitario conceda ai diritti fondamentali, nonostante siano ormai trascorsi più di trent'anni dalla prima pronuncia sull'argomento [113]; emerge, cioè, che la Corte di giustizia sembra non essere stata parti-

---

[107] Cfr. Corte giust. CE, sent. *Wachauf*, 13 luglio 1989, cit., punto 18.

[108] Cfr. Corte giust. CE,, sent. *Internationale*, 17 dicembre 1970, cit., punto 4. Sul punto, cfr. anche L. Ferrari Bravo, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 38 ss., secondo il quale la Corte di giustizia in questo modo avrebbe comunque imposto «al diritto comunitario di muoversi entro il limite dei diritti fondamentali».

[109] Sul punto, oltre a M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, cit., 507 ss., si veda altresì, da ultimo, C. Buzzacchi, *Le politiche comunitarie e il principio della coesione economica e sociale*, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. De Siervo, Bologna, 2001, 59 ss., in partic. 92 ss.

[110] Cfr. Corte giust. CE, sent. 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, in *Racc.*, 2001, 9383 ss. e sent. 13 dicembre 2001, causa C-206/00, *Henri Mouflin*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[111] Cfr. Corte giust. CE, sent. 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Decker*, in *Racc.*, 1998, 1831 ss.; sent. 23 novembre 2000, causa C-135/99, *Elsen*, in *Racc.*, 2000, 1 ss.

[112] Cfr. Corte giust. CE, sent. *Kohll*, 28 aprile 1998, cit.

[113] D'altronde, non sembra che sentenze come quella, notissima, del 26 giugno 2001, *BECTU*, cit., con la quale la Corte di giustizia ha riconosciuto che «il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite va considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario» (punto 43), siano il sintomo di un cambiamento significativo nel modo di intendere la tutela dei diritti a livello comunitario. Senza con ciò volere sottovalutare la portata di questa sentenza, che anzi, a mio avviso, è di fondamentale importanza, va tuttavia precisato che si tratta ancora di una decisione del tutto isolata e che nel panorama delle pronunce della Corte di giustizia non è ancora dato vedere una significativa in-

colarmente influenzata, almeno non direttamente, dalle giurisprudenze costituzionali degli Stati membri, essendosi limitata a proclamare l'esistenza di alcuni diritti fondamentali anche a livello comunitario, ma sempre e soltanto in funzione del raggiungimento degli obiettivi dell'Unione.

9. La giurisprudenza costituzionale sui diritti: l'assenza di rapporti con la Corte di giustizia

A questo punto, è necessario esaminare la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di diritti fondamentali per verificare se vi siano stati o meno dei momenti di raccordo con quella della Corte di giustizia; se, ad esempio, vi siano state delle decisioni mediante le quali la Corte costituzionale è entrata in relazione con la Corte di giustizia, dando seguito a quel dialogo tra le due giurisdizioni da più parti ritenuto auspicabile. Ovvero, tutt'al contrario, se vi siano stati motivi di tensione nei rapporti tra le due Corti, originati dal loro diverso approccio alla tutela dei diritti se, cioè proprio in materia di diritti fondamentali non si siano verificati dei veri e propri conflitti tra le due giurisdizioni, tali da avere portato ad un'affermazione perentoria da parte della Corte costituzionale dei valori fondativi della Costituzione italiana e, quindi, ad una battuta d'arresto del processo di integrazione europea; oppure, se nell'approccio delle due Corti alla materia dei diritti fondamentali vi sia una tale distanza che, le loro pronunce, ancorché emanate sul medesimo oggetto, non si siano mai né reciprocamente influenzate, né, tanto meno, scontrate.

Premesso che le decisioni che hanno formato oggetto della presente indagine sono state solo quelle nelle quali la Corte costituzionale ha fatto esplicito riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia e non anche quelle dalle quali potrebbe emergere un'implicita e indiretta influenza della giurisprudenza comunitaria, ebbene, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale emerge un dato inaspettato. Nelle decisioni della Consulta nelle quali si fa riferimento alla tutela dei diritti, infatti, non viene quasi mai in rilievo la giurisprudenza della Corte del Lussemburgo. La Corte costituzionale, cioè, non sembra affatto interessata ad instaurare quel dialogo, cui si accennava poc'anzi, con la Corte di giustizia delle Comunità europee.

Il dato risulta chiaramente dall'analisi delle sentenze della Corte costituzionale degli ultimi due anni. Nel 2000, su 56 decisioni in materia di tutela dei diritti, ben dieci richiamavano, in funzione ermeneutica, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [114], e soltanto due faceva-

---

versione di tendenza verso un riconoscimento incondizionato e non funzionale dei diritti fondamentali.

[114] La Convenzione, sottoscritta a Roma nel 1950, è stata resa esecutiva con l. 4 agosto

no espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia [115]. Nel 2001, su 48 decisioni in materia di tutela dei diritti, otto richiamavano la CEDU [116], due la giurisprudenza comunitaria [117]. Inoltre, riguardo alla giurisprudenza di questi primi mesi del 2002 (mi riferisco al periodo che va dal 1 gennaio al 30 aprile 2002), va detto che, sino ad oggi, su sette pronunce in materia di diritti fondamentali, quattro si riferiscono alla CEDU [118], una, sulla quale torneremo più avanti, alla CEDU e alla Carta di Nizza [119], una alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, ma solo nella parte in fatto [120], e solo una alla giurisprudenza della Corte di giustizia [121].

E tuttavia questo dato non dovrebbe meravigliare più di tanto sol che ci si interroghi sul perché, quando si tratta di pronunciarsi in materia di diritti, la Corte costituzionale preferisca fare appello, in funzione ermeneutica, alle norme della CEDU (e, volendo, alle pronunce della Corte di Strasburgo) anziché alle norme comunitarie sul tema e, quindi, principalmente, alla giurisprudenza della Corte di giustizia (giacché – come si è visto – è stata proprio la Corte di giustizia a inferire la tutela dei diritti fondamentali dai princìpi generali del diritto comunitario) [122].

Tale scelta, a mio avviso, non è dettata soltanto da ciò che «la funzione ermeneutica delle convenzioni internazionali sui diritti umani rispetto alle disposizioni costituzionali aventi ad oggetto i diritti fondamentali, si spiega (…) nella dimensione storico-politica entro la quale si inserivano le Costituzioni del secondo

---

1955, n. 848. Nel testo si fa riferimento a Corte cost. ordd. 20 luglio 2000, n. 316 e 317; ord. 9 novembre 2000, n. 485; ord. 23 novembre 2000, n. 536; sent. n. 31 del 2000; sent. 31 maggio 2000, n. 161; sent. 16 giugno 2000, n. 198; sent. 22 giugno 2000, n. 227; sent. 27 luglio 2000, n. 376; sent. 16 novembre 2000, n. 497. In questa sede, ho deliberatamente omesso di menzionare le decisioni della Corte costituzionale nelle quali vengono richiamate le *altre* Convenzioni internazionali sui diritti umani, come, ad esempio, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e il Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi sottoscritti a New York nel 1966 e resi esecutivi con l. 25 ottobre 1977, n. 881.

[115] Cfr. Corte cost., sent. 14 luglio 2000, n. 281, in *Giur. cost*., 2000, 2174 ss.; sent. 13 ottobre 2000, n. 419, *ivi*, 3117 ss.

[116] Cfr. Corte cost., ord. 4 gennaio 2001, n. 8; ord. 13 marzo 2001, n. 58; ord. 16 marzo 2001, n. 70; ord. 4 luglio 2001, n. 219; ord. 6 luglio 2001, n. 232; ord. 25 luglio 2001, n. 305; ord. 11 dicembre 2001, n. 399; sent. 9 maggio 2001, n. 115.

[117] Cfr. Corte cost., sent. 22 giugno 2001, n. 205 e ord. n. 249 del 2001.

[118] Cfr. Corte cost., ord. 6 febbraio 2002, n. 20; sent. 21 marzo 2002, n. 78; sent. 16 aprile 2002, n. 120; sent. 24 aprile 2002, n. 134.

[119] Cfr. Corte cost., sent. 24 aprile 2002, n. 135. Sui richiami alla Carta di Nizza effettuati da vari organi e istituzioni cfr. M. CARTABIA, *L'efficacia giuridica della Carta dei diritti: un problema del futuro o una realtà del presente?*, in *Quad. cost.*, 2001, 423 ss.

[120] Cfr. Corte cost., sent. 30 gennaio 2002, n. 1.

[121] Cfr. Corte cost., ord. 12 aprile 2002, n. 113.

[122] Cfr. *supra*, § 6.

dopoguerra» [123], perché se si trattasse *solo* di questo allora nulla osterebbe a richiamare la giurisprudenza e le Carte dei diritti di tutte le organizzazioni internazionali, ivi compresa l'Unione europea, mentre così non è.

Credo, invece, che, oltre a questa ragione, che sicuramente ha avuto la sua influenza sulle scelte argomentative del giudice delle leggi, ve ne sia, più o meno celata, un'altra. Per la Corte, infatti, il richiamo alla CEDU significa esclusivamente riconoscerne la fondamentale portata assiologica e la straordinaria capacità di esprimere «valori metalegislativi comuni» [124]. Alle sue norme, cioè, la Corte non ha mai (fatta eccezione per la notissima sent. n. 10 del 1993 [125] e, forse, per la sent. n. 399 del 1998 [126]) riconosciuto valore costituzionale, con la conseguenza che esse non sono mai state utilizzate come parametro nel giudizio di costituzionalità (nonostante l'avviso contrario di una parte della dottrina) [127].

---

[123] Cfr. M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, 291 ss., in particolare, 313.

[124] Per questa espressione cfr. M. RUOTOLO, *op. cit.*, 297.

[125] Cfr. Corte cost., sent. 10 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. cost.*, 1993, 52 ss., con la quale la Corte ha attribuito alla CEDU la natura di fonte atipica, su cui si vedano le osservazioni di E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, *ivi*, 66 ss.; di M. D'AMICO, *Decisioni interpretative di rigetto e diritti fondamentali: una nuova strada per la Corte costituzionale?*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2049 ss., e di E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 351 ss.

[126] Cfr. Corte cost., sent. 12 dicembre 1998, n. 399, in *Giur. cost.*, 1998, 3454 ss., con osservazioni di D. ALBERGHINI, *A proposito di convenzioni internazionali e parametri di costituzionalità*, in *Giur. cost.*, 1999, 339 ss. e di G. SORRENTI, *La Corte corregge il giudice* a quo *o piuttosto … se stessa? In tema di «copertura» costituzionale della* Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, *ivi*, 2301 ss.

[127] Rinvio, sul tema, ad A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questo volume. Solo per completezza, si rammenta, in questa sede, che la dottrina ha tentato in vario modo di fornire copertura costituzionale alla CEDU o attraverso l'art. 2 Cost. (A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale dei diritti umani*, in *I diritti umani a quarant'anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, 40 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1974, 102, nt. 4; nonché, più di recente, G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di copertura costituzionale «a più facce»*, in *Pol. dir.*, 1997, 349 ss.); o attraverso l'art. 10, comma 1, Cost. (R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1964, 67; P. BARILE, *Rilievi sull'adattamento automatico del diritto interno al diritto internazionale convenzionale*, in *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 701 ss.); o attraverso l'art. 10, comma 2, Cost. (A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di «comunicare riservatamente» (o, piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, in *Giur. cost.*, 1993, 747; nonché, del medesimo Autore, *La Convenzione di Roma nel suo vivere quotidiano: l'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulle libertà civili e politiche. Riflessioni generali*, Relazione al *Convegno* organizzato dall'Accademia nazionale dei Lincei in occasione del *Cinquantenario della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle li-*

In altri termini, poiché la Corte ha sempre – o quasi – sostenuto che, nella gerarchia delle fonti, la CEDU occupa lo stesso rango della legge ordinaria che la ha resa esecutiva [128], il fatto di utilizzare le norme della CEDU per argomentare le proprie decisioni non ha alcuna conseguenza giuridicamente rilevante nell'ordinamento interno, se non quella di orientare l'interpretazione dei disposti costituzionali in materia di diritti (tanto è vero che la stessa Corte non ha esitato ad affermare che i diritti e le libertà garantite dalla CEDU «trovano espressione e non meno intensa garanzia» nella Costituzione italiana) [129]. In questo modo, quindi, la Consulta può utilizzare la CEDU in funzione ermeneutica senza alcun timore di comprimere da una parte la sovranità statuale, dall'altra, le proprie attribuzioni, dal momento che imputare alle norme CEDU l'efficacia propria delle fonti di rango primario che la recepiscono non significa altro che disconoscere la possibilità che le pronunce della Corte di Strasburgo, garantendo effettività alla Convenzione, possano vincolarla in qualche modo, prevalendo sulle proprie.

A ciò si aggiunga che, a mio avviso, la Corte, pur non avendolo mai affermato esplicitamente (forse per non entrare in aperto contrasto con la Corte di giustizia), ritiene assolutamente imparagonabili i diritti comunitari e quelli costituzionali, consapevole com'è della intrinseca diversità strutturale esistente tra gli stessi. Di conseguenza, se, in materia di diritti, facesse riferimento alla giurisprudenza comunitaria, ciò significherebbe ammettere, sia pure implicitamente, che diritti con lo stesso *nomen* si equivalgono (non solo sul piano delle garanzie, ma anche su quello della struttura di valore ad essi sottesa) pur appartenendo a due ordinamenti diversi, con la conseguenza di mettere seriamente a repentaglio la persistente validità della teoria dei controlimiti.

Non solo, ma richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia, la Corte costituzionale non potrebbe che sottostare al giudicato di quest'ultima, non potrebbe evitare, cioè, di applicare nell'ordinamento interno le decisioni prese dalla Corte di giustizia in ambito comunitario, dal momento che, come più volte ri-

---

bertà fondamentali, Roma, 16-17 novembre 2000, *paper*); o attraverso l'art. 11 Cost. (F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994, 68 ss.; G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 38 ss.). Su quest'ultimo punto, però, si veda la (condivisibile) posizione critica di M. LUCIANI, *La crisi del diritto nazionale*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, XIV, *Legge*, *Diritto*, *Giustizia*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1998, 1020.

[128] Così, da ultimo, Corte cost., sent. n. 73 del 2001, cit., sulla quale si vedano le osservazioni di D. ALBERGHINI, *Le norme internazionali pattizie di fronte alla Corte: questioni nuove?*, in *Giur. cost.*, 2001, 450 ss., e giurisprudenza *ivi* citata.

[129] Cfr. Corte cost., sent. 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost*., 1999, 2991 ss., con osservazioni di C. PINELLI, *La durata ragionevole del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *ivi*, 2997 ss. e di L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'apertura inedita*, *ivi*, 3001 ss. Sul punto, si veda anche A. PACE, *La limitata incidenza della CEDU sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1 ss.

cordato, nel caso di contrasto tra norme comunitarie e norme interne si applicano le prime e non le seconde e che le decisioni della Corte di giustizia, per ammissione della stessa Corte costituzionale, hanno la medesima efficacia vincolante delle fonti del diritto. In questo modo, sarebbe costretta a riconoscere una sorta di superiorità gerarchica della giurisprudenza comunitaria sulla propria giurisprudenza in materia di diritti e questo è proprio quanto ha sempre tentato di evitare ricostruendo nei modi noti il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno.

Non è un caso, quindi, che in quasi tutte le pronunce nelle quali la Corte costituzionale ha evocato la CEDU si sia fatto riferimento alla tutela di diritti fondamentalissimi come il diritto alla difesa o quello alla tutela giurisdizionale, diritti, questi ultimi, ormai da tempo riconosciuti e garantiti anche a livello comunitario e per i quali si sarebbe pacificamente potuta invocare la ben più incisiva giurisprudenza della Corte di giustizia, il che, invece, non è accaduto [130].

Si prenda, ad esempio, il diritto alla ragionevole durata del processo: mentre, nella sent. n. 202 del 1985 [131], la Consulta aveva affermato esplicitamente che «la problematica dei tempi processuali, recepita all'interno della CEDU (…) non trova eco nella Carta costituzionale», nella sent. n. 388 del 1999 ha sostenuto che il diritto ad una durata ragionevole del processo si evince dall'art. 24 Cost. in relazione con l'art. 6 CEDU, perché «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione» [132].

Le ragioni di questo stupefacente *revirement*, a mio avviso, possono agevolmente essere rintracciate non già nel fatto che la Corte costituzionale ha improvvisamente ammesso di aver effettuato un errore nel 1985 decidendo, di conseguenza, di correggersi, e affermando che il diritto alla durata ragionevole del processo discende dall'art. 24 Cost. così come interpretato alla luce dell'art. 6 CEDU [133], bensì in ciò che, nel frattempo, quel diritto è stato solennemente pro-

---

[130] Anche sentenze come la n. 313 del 2 luglio 1990, in *Giur. cost*., 1990, 1981 ss. (che, peraltro, costituisce un caso isolato nel panorama della giurisprudenza costituzionale), dove la Consulta richiama alcune sentenze della Corte di giustizia, non valgono a smentire quanto sostenuto nel testo. In questa sentenza, infatti, nella quale si decideva della legittimità costituzionale di una norma in relazione al principio della finalità rieducativi della pena, la Corte decide indipendentemente dalla giurisprudenza comunitaria e il riferimento a quest'ultima vale solo a rafforzare l'interpretazione delle norme costituzionali utilizzate come parametro. In altri termini, emerge dalla parte motiva della sentenza che la Corte avrebbe deciso nel medesimo modo anche se non ci fossero state queste pronunce del giudice del Lussemburgo, le quali ultime, quindi, vengono sì citate ma *ad abudantiam* e non, invece, per integrare il parametro del giudizio.

[131] Cfr. Corte cost., sent. 10 luglio 1985, n. 202, in *Giur. cost.*, 1985, 1554 ss.

[132] Cfr. Corte cost., sent. n. 388 del 1999, cit., punto 2.1 della motivazione.

[133] Così, invece, C. BOLOGNA, *Il recepimento delle «dichiarazioni dei diritti»*, sul sito Internet *www.cahiers.org*, 5 del *paper*.

clamato dalla Corte di giustizia come facente parte dei princìpi generali del diritto comunitario. Di conseguenza, la Corte costituzionale, ammantando tale drastico cambiamento con la veste del *revirement* giurisprudenziale, ha potuto, senza esplicitarlo, allinearsi alle posizioni della Corte di giustizia, evitando parallelamente di riconoscere alla giurisprudenza comunitaria un rango superiore alla propria [134].

Allo stesso modo, non è un caso che le uniche pronunce nelle quali la Corte costituzionale ha richiamato precedenti sentenze della Corte di giustizia abbiano avuto ad oggetto la presunta violazione dell'art. 41 Cost., giacché in questa materia, com'è noto, il diritto comunitario ha esercitato la sua maggiore influenza sul diritto interno, trasfigurando la portata della tutela che la Costituzione appresta alla libertà di iniziativa economica privata. In altri termini, in questo caso, il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia non ha avuto quel significato di accettazione di una giurisdizione superiore che avrebbe avuto negli altri casi, dal momento che le limitazioni di sovranità alle quali ha consentito il nostro ordinamento quando ha aderito alle Comunità europee implicavano *in re ipsa* il consenso ad un radicale cambiamento del modo di intendere tutta quella parte della nostra Costituzione dedicata ai rapporti economici, cambiamento che, quindi, non è stato affatto determinato dalla giurisprudenza comunitaria bensì dagli stessi Trattati istitutivi.

Né vale, ad inficiare tale ragionamento, la recentissima sent. n. 135 del 2002, nella quale, come si è accennato, la Consulta ha richiamato oltre che l'art. 8 della CEDU, anche gli artt. 7 e 52 della Carta di Nizza. Tale rinvio, infatti, che a prima vista potrebbe apparire straordinario, si ridimensiona nel momento stesso in cui si ha riguardo all'argomentazione complessiva della Corte. Quest'ultima, chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 266, comma 2, c.p.p., nella parte in cui non estende la disciplina delle intercettazioni delle comunicazioni tra presenti in luoghi di privata dimora alla captazione di immagini nei medesimi luoghi a fini investigativi, ha dichiarato l'infondatezza della questione per inconferenza del parametro, non prima, però di aver escluso che quest'ultimo tipo di attività investigativa si scontrasse con un divieto costituzionale assoluto.

Nel fare ciò, la Corte dopo aver negato di poter attribuire all'elenco delle limitazioni alla libertà di domicilio, di cui all'art. 14 Cost., «un carattere "chiuso" e storicamente "cristallizzato" sulla fisionomia impressa dalla legge processuale del tempo (in cui fu approvata la Costituzione *n.d.a.*) ai singoli atti invasivi», in quanto una tale interpretazione «provocherebbe (…) un evidente squilibrio nell'assetto costituzionale dei diritti di libertà», ha anche aggiunto che «l'ipotizzata restrizione della tipologia delle interferenze della pubblica auto-

[134] Sul cambiamento di indirizzo nella giurisprudenza della Corte costituzionale sulla ragionevole durata del processo ha probabilmente inciso anche la modifica dell'art. 111 Cost. che proprio in quei giorni stava vedendo la luce.

rità nella libertà domiciliare non trova (troverebbe) riscontro né nella CEDU (art. 8), né nel Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 17); né, infine, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (artt. 7 e 52), qui richiamata – *ancorché priva di efficacia giuridica* – per il suo carattere espressivo di princìpi comuni agli ordinamenti europei» [135].

È evidente, dunque, che, ancora una volta, la Corte decide esclusivamente sulla base dell'interpretazione del testo costituzionale, unico parametro utilizzato per addivenire alla propria pronuncia, mentre il rinvio a questi atti internazionali (non a caso, mi sembra, collegialmente richiamati), viene da essa effettuato esclusivamente *ad abundantiam*, senza che ciò comporti l'attribuzione agli stessi di un qualche valore costituzionale o super-costituzionale.

Se, dunque, è necessario ridimensionare l'importanza di tale pronuncia, per lo meno riguardo alla questione della natura costituzionale o meno delle Carte internazionali dei diritti, cionondimeno, la sua portata innovativa è innegabile, dal momento che essa legittima un documento, la Carta di Nizza, che, come già sostenuto in dottrina, pur non avendo alcun valore giuridico formale, ha tuttavia un indubbio contenuto giuridico sostanziale e che, proprio per questo, esplica i propri effetti giuridici prima e oltre la sua formalizzazione nell'ambito del sistema delle fonti comunitario, ponendosi come base per la definizione di un modello identitario europeo, ancorché *debole* e, a mio parere, del tutto insoddisfacente [136].

10. La giurisprudenza della Corte costituzionale e i suoi limitati rapporti con la Corte di giustizia

Quanto sin qui affermato non sta, tuttavia, a manifestare una totale assenza di rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di giustizia. In alcuni limitati casi, infatti, vi è stato, in un certo qual modo, un raccordo tra le due giurisprudenze anche se non si è mai trattato di un vero e proprio dialogo (armonioso o conflittuale che fosse), bensì, più che altro, di una ricezione da parte della Corte costituzionale di quanto affermato in sede comunitaria dalla Corte del Lussemburgo. È ovvio che, per come la Consulta ha disegnato nel tempo il proprio rapporto

---

[135] Cfr. Corte cost., sent. n. 135 del 2002, cit., punto 2.1 della motivazione.

[136] Sul punto, G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE nei «processi costituenti» europei*, Resoconto della relazione al Seminario dell'*Osservatorio costituzionale* della LUISS su *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, 22 giugno 2001, sul sito Internet *www.luiss.it/europa/calend.html*; nonché, del medesimo Autore, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel «processo costituente europeo»*, *paper*, 1 ss.

con l'ordinamento comunitario ed il suo giudice, tale allineamento non poteva avvenire in maniera esplicita. Ciononostante, dall'analisi della sua giurisprudenza, emerge che la Corte costituzionale è riuscita egregiamente ad accogliere quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle proprie pronunce, pur senza modificare l'assetto dei rapporti tra i due ordinamenti e, soprattutto, senza risultare ad essa gerarchicamente sott'ordinata.

Ciò è avvenuto essenzialmente in due diverse circostanze. Innanzi tutto, quando si è trattato di risolvere questioni di legittimità costituzionale sollevate su disposizioni di fonti interne attuative del diritto comunitario, con la conseguenza che la giurisprudenza comunitaria è stata evocata in quanto integrativa del diritto comunitario cui le fonti interne in questione davano attuazione. In altri casi, invece, la Consulta, pur decidendo espressamente sulla base del parametro di costituzionalità, ha richiamato, nella motivazione, alcune sentenze della Corte di giustizia *ad adiuvandum*, in tal modo ottenendo lo scopo di allinearsi alle risultanze di quelle pronunce, senza dover rinunciare alla propria indipendenza.

Decisioni del primo tipo, sono quelle adottate dal giudice delle leggi con le sentt. n. 285 del 1993 [137]; n. 512 del 1993 [138]; n. 409 del 1998 [139], in materia di tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro. In questi casi, infatti, la Corte costituzionale ha dovuto necessariamente fare riferimento ad alcune sentenze della Corte di giustizia (nel caso di specie alle sentt. 2 febbraio 1989, causa C-22/87, *Commissione* c. *Italia* [140] e 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich*) [141], ma solo perché integrative della disciplina comunitaria cui il decreto legislativo impugnato dava attuazione, con la conseguenza che la Corte non ha potuto far altro che interpretare le disposizioni impugnate anche alla luce delle suddette sentenze della Corte di giustizia.

In altri casi, invece, come si è detto, la Corte ha utilizzato la giurisprudenza comunitaria non già al fine di integrare il parametro costituzionale, bensì al più limitato scopo di rendere più persuasive le proprie argomentazioni. Così, ad esempio, nella recentissima sent. n. 198 del 2002 [142], in materia di divieto di totalizzazione dei contributi pensionistici, o in materia di rimborso della tassa annuale di concessione governativa per l'iscrizione delle società nel registro delle imprese, dove la Corte, nella sent. n. 56 del 1995 [143] e nell'ord. n. 113 del 2002 [144], ha fatto riferimento ad alcune pronunce del giudice comunitario per

---

[137] Cfr. Corte cost., sent. n. 285 del 1993, cit.

[138] Cfr. Corte cost., sent. 31 dicembre 1993, n. 512, in *Foro it.*, 1994, I, 316 ss.

[139] Cfr. Corte cost., sent. 16 dicembre 1998, n. 409, in *Foro it*., 1999, I, 3144 ss.

[140] In *Racc*., 1989, 143 ss.

[141] In *Racc*., 1991, 5357 ss.

[142] Cfr. Corte cost., sent. 16 maggio 2002, n. 198, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

[143] Cfr. Corte cost., sent. 24 febbraio 1995, n. 56, in *Giur. cost*., 1995, 476 ss.

[144] Sul sito Internet *www.giurcost.org*.

consolidare quanto da essa deciso esclusivamente sulla base del parametro costituzionale [145].

La medesima cosa è accaduta anche con le sentenze n. 196 del 1998, in materia di rifiuti [146]; n. 114 del 2000 [147], in materia di restituzione di somme indebitamente versate all'erario per imposte di consumo; n. 386 del 1996 [148], in materia di autotrasporto di cose per conto terzi e n. 509 del 1995 [149], in materia di computo dei periodi contributivi maturati in Stati membri della Comunità europea diversi dall'Italia ai fini dell'ammissione alla prosecuzione volontaria della contribuzione previdenziale.

Così come, con le sentt. 272 del 1996 [150] e 168 del 1999 [151], in materia di divieti di caccia e deroghe sulle specie cacciabili, nelle quali la Consulta ha richiamato ri-

---

[145] La Corte costituzionale, infatti, ha dichiarato infondata l'eccezione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 641, che subordina l'azione giudiziaria per il rimborso delle tasse di concessione governativa ad un preventivo ricorso amministrativo, sollevata sotto il profilo che il giudice *a quo* avrebbe dovuto disapplicare la citata norma perché in contrasto con il diritto comunitario, sulla base del fatto che l'art. 12 in questione era stato impugnato esclusivamente per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. e non per contrasto con il diritto comunitario. Non solo, ma quand'anche l'eccezione di inammissibilità della questione fosse stata eccepita per contrasto con il diritto comunitario, essa sarebbe stata altresì dichiarata infondata perché le sentenze della Corte di giustizia *Amministrazione delle finanze* c. *San Giorgio S.p.A.*, 9 novembre 1983, cit. (*supra*, nota 36) e *Francovich*, 19 novembre 1991, cit. (*supra*, nel testo), non vietano incondizionatamente che la proponibilità dell'azione di ripetizione di tributi non dovuti sia subordinata ad un preventivo ricorso amministrativo e al decorso infruttuoso di un certo termine dalla data di presentazione del reclamo.

[146] Cfr. Corte cost., sent. 3 giugno 1998, n. 196, in *Giur. cost*., 1998, 1577 ss., dove la Consulta ha dichiarato l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 29 l. reg. FVG 14 giugno 1996, n. 22 e dell'art. 16, comma 4, l. reg. FVG 28 novembre 1988, n. 65. Ad avviso della Corte, infatti, il divieto di smaltimento nelle discariche regionali di rifiuti solidi urbani provenienti da altre regioni, contenuto in quelle norme, si giustifica in quanto, nel bilanciamento tra la salvaguardia della salute e dell'ambiente e la libertà d'impresa è necessario, come per l'appunto affermato dalla Corte di giustizia nella sent. 7 febbraio 1985, causa C-240/83, in *Racc*., 1985, 531 ss., perseguire ragionevolmente la prima, apportando alla seconda restrizioni fondate sull'utilità sociale.

[147] Cfr. Corte cost., sent. 21 aprile 2000, n. 114, in *Giur. cost*., 2000, 1018 ss., con osservazioni di R. CALVANO, *Il diritto alla tutela giurisdizionale nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia. Ovvero la Corte e «Lo Stratagemma n. 4»*, *ivi*, 2881 ss.

[148] Cfr. Corte cost., sent. 5 novembre 1996, n. 386, in *Foro it*., 1997, I, 994 ss.

[149] Cfr. Corte cost., sent. n. 509 del 1995, cit.

[150] Cfr. Corte cost., sent. 22 luglio 1996, n. 272, in *Giur. cost*., 1996, 2399 ss., con osservazioni di A. MANGIA, «*Interessi unitari» ed «immediata applicabilità» delle direttive comunitarie*, in *Le Regioni*, 1996, 1225 ss.

[151] Cfr. Corte cost., sent. 14 maggio 1999, n. 168, in *Giur. cost*., 1999, 1622 ss., con osservazioni di P. CARETTI, *Direttive comunitarie «facoltizzanti» e potestà regionale di attuazione*, in *Le Regioni*, 1999, 780 ss.

spettivamente le sentenze della Corte di giustizia 7 marzo 1996, causa C-118/94 [152] e 15 marzo 1990, causa C-339/87 [153], per rafforzare la tesi della spettanza allo Stato del potere di apportare deroghe alle norme protettive delle specie cacciabili, atteso che l'individuazione delle specie cacciabili costituisce un interesse nazionale unitario, a fronte del quale la facoltà di modificazione è riconoscibile alle Regioni unicamente nel senso di limitare e non di ampliare le eccezioni al divieto.

Anzi, dall'analisi della giurisprudenza costituzionale emerge che, di frequente, la giurisprudenza comunitaria viene richiamata essenzialmente allo scopo di rafforzare la tesi della spettanza statale di alcuni poteri in danno all'autonomia regionale. Ciò è evidente anche nel caso di alcune sentenze rese in materia di smaltimento di rifiuti. Nella sent. n. 281 del 2000, ad esempio [154], la Corte, in relazione alle attività di gestione dei rifiuti pericolosi, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, l. reg. Piemonte 13 aprile 1995, n. 59 (Norme per la riduzione, il riutilizzo e lo smaltimento dei rifiuti) in quanto invasivo delle competenze statali in materia perché, coerentemente con quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sent. 9 luglio 1992, causa C-2/90 [155], le esigenze di tutela dell'ambiente e della salute fanno sì che non appaia «logicamente predeterminabile, rispetto ai rifiuti pericolosi, un ambito territoriale ottimale, quale potrebbe, in astratto, essere quello regionale» [156].

O anche nella sent. 19 ottobre 2001, n. 335 [157], dove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 29 della l. reg. FVG 14 giugno 1996, n. 22 (Modifiche alla l. reg. 7 settembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi e di attività estrattive) e 16, comma 4, della l. reg. FVG 28 novembre 1988, n. 65 (Modifiche ed integrazioni alla l. reg. 7 settembre 1987, n. 30 ed ulteriori norme in materia di smaltimento dei rifiuti solidi), limitatamente al divieto di smaltimento nelle discariche regionali dei rifiuti di provenienza extraregionale diversi da quelli urbani non pericolosi perché lesivi delle competenze statali. Anche in questo caso, come nel precedente, la Corte, pur giudicando sulla base degli artt. 117 e 120 Cost., non ha esitato a richiamare una sentenza della Corte di giustizia in materia di rifiuti speciali non pericolosi [158] esclu-

---

[152] *Associazione italiana per il WWF e altri* c. *Regione Veneto*, in *Racc.*, 1996, 1223 ss.

[153] *Commissione* c. *Paesi Bassi*, in *Racc.*, 1990, 851 ss.

[154] Cfr. Corte cost., sent. n. 281 del 2000, cit.

[155] Cfr. Corte giust. CE, sent. 9 luglio 1992, causa C-2/90, *Commissione* c. *Belgio*, in *Racc.*, 1992, 4431 ss.

[156] Cfr. Corte cost., sent. n. 281 del 2000, cit., punto 3 della motivazione.

[157] Cfr. Corte cost., sent. 19 ottobre 2001, n. 335, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

[158] Si tratta della sentenza della Corte di giustizia 23 maggio 2000, causa C-209/98, in *Racc.*, 2000, 3743 ss., con la quale il giudice comunitario aveva stabilito che in base all'art. 34, ora art. 29, del Trattato CE, non si possono adottare sistemi di raccolta e di presa in carico che costituiscano, di fatto o di diritto, un ostacolo all'esportazione.

sivamente per attribuire alla propria interpretazione un *plusvalore comunitario* ad essa strumentale e non per integrare il parametro del giudizio di costituzionalità.

Un discorso a parte merita, invece, la sent. n. 512 del 1990 [159], dove la Corte, nonostante alcune coeve sentenze della Corte di giustizia – non a caso genericamente richiamate –, avessero argomentato nel senso che la disciplina sui rifiuti andrebbe applicata a qualsiasi residuo oggettivamente destinato all'abbandono senza che rilevasse in alcun modo la sua suscettibilità ad essere reimpiegato nell'attività produttiva, ha dichiarato che il legame, anche indiretto, con una destinazione produttiva rappresenta un elemento necessario affinché un determinato residuo non sia considerato un rifiuto e possa essere assoggettato alla disciplina speciale delle materie prime secondarie. Di conseguenza, anche la disciplina dei residui derivanti da raccolte finalizzate dei rifiuti solidi urbani spetta allo Stato e non alla Provincia autonoma di Trento che aveva sollevato il conflitto di attribuzione.

In questo caso, dunque, si ha un qualche cenno di rapporto, ancorché conflittuale, con la Corte di giustizia, che farebbe ben sperare per il futuro, se non altro perché rappresenterebbe un precedente significativo, se non fosse che, a mio avviso, la Corte prende una posizione pacatamente discordante con la giurisprudenza comunitaria, ancora una volta, perché ha come sua principale preoccupazione quella di fare salva una disciplina statale ai danni della Provincia ricorrente. Vero è che si tratta solo di un *obiter dictum* che, tra l'altro, nulla toglie e nulla aggiunge alle argomentazioni fornite dalla Consulta per decidere in favore della competenza statale. È, comunque, innegabile che, almeno in questo caso, la Corte ha preso una posizione che denota un contrasto abbastanza deciso con il giudice comunitario, il quale ultimo, laddove ne ravvisasse l'opportunità, potrebbe anche accogliere i suggerimenti impliciti del giudice costituzionale italiano e «aggiustare» la propria giurisprudenza in maniera tale da risultare maggiormente in armonia con le prescrizioni della nostra Costituzione.

11. La giurisprudenza costituzionale e comunitaria sul principio di eguaglianza

L'allineamento delle posizioni della Consulta a quelle del giudice comunitario è piuttosto evidente anche nel caso della giurisprudenza costituzionale sul principio di eguaglianza, che ha rappresentato, negli ultimi tempi, il settore più significativo di confronto tra le due Corti [160]. E, d'altronde, non è un caso che sia sta-

---

[159] Cfr. Corte cost., sent. 30 ottobre 1990, n. 512, in *Giur. cost*., 1990, 2931 ss.

[160] Sul punto, cfr. F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario e nel diritto interno*, in *Giur. cost*., 1999, 3267 ss.

to proprio questo il terreno più fertile sul quale la Corte costituzionale e la Corte di giustizia hanno posto in essere un qualche tentativo di dialogo. Il principio di eguaglianza, infatti, proprio per il suo essere un *principio*, incide in maniera trasversale su tutte le materie, di competenza comunitaria e non.

È vero che i Trattati non lo codificano espressamente, mentre prevedono esplicitamente singoli divieti di discriminazione in relazione ai principali settori di intervento dell'Unione e un generale divieto di discriminazione sulla base della nazionalità. Ciononostante, come ha affermato la stessa Corte di giustizia sin dalla sent. 19 ottobre 1977, cause riunite C-117/76 e C-16/77, *Ruckdenschel* [161] «il divieto di discriminazione enunciato (dai Trattati) va interpretato tenendo conto del fatto che esso è solo l'espressione specifica del principio generale di uguaglianza che fa parte dei princìpi fondamentali del diritto comunitario» e che «impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo una differenza di trattamento obiettivamente giustificata» [162].

La portata di questo principio a livello comunitario, però, si configura in maniera tutt'affatto diversa da quella riconosciuta al medesimo a livello costituzionale. Non solo, come la dottrina ha avuto cura di sottolineare, come conseguenza del «carattere generale dello Stato come ente politico e del carattere particolare, limitato alle attribuzioni loro specificamente conferite, delle organizzazioni comunitarie» [163]; non solo perché dai diversi divieti di discriminazione enunciati nel Trattato è stato enucleato soltanto il principio di uguaglianza formale e non anche quello sostanziale [164]; ma soprattutto perché da tale limitata enunciazione del principio discende che sono vietate anche tutte le «misure equilibratrici che

---

[161] In *Racc.*, 1977, 1753 ss.

[162] Sul principio di uguaglianza, si vedano le sentt. 19 ottobre 1977, *Moulins Pont-a-Mousson*, cause riunite C-124/76 e C-20/77, in *Racc.*, 1977, 1795 ss.; 16 ottobre 1980, causa C-147/79, *René Hochstrass* c. *Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Racc.*, 1980, 3005 ss.; 13 novembre 1984, causa C-283/83, *Racke*, in *Racc.*, 1984, 3791 ss.; 25 novembre 1986, cause riunite C-201 e 202/85, *Klensch*, in *Racc.*, 1986, 3477 ss.; 17 maggio 1988, causa C-84/87, *Erpelding*, in *Racc.*, 1988, 2647 ss.; 21 febbraio 1990, cause riunite da C-267/88 a C-285/88, *Wuidart*, in *Racc.*, 1990, 435 ss.; 17 luglio 1997, cause riunite C-248 e 249/95, *SAM Schiffahrt e Stapf*, in *Racc.*, 1997, 4475 ss.; 19 novembre 1998, causa C-150/94, *Regno Unito* c. *Consiglio*, in *Racc.*, 1998, 7235 ss.; 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, in *Racc.*, 2000, 2737 ss.; 12 luglio 2001, causa C-189/01, *Jippes*, in *Racc.*, 2001, 5689 ss.; 8 gennaio 2002, causa C-507/99, *Denkavit* e 19 marzo 2002, causa C-224/00, *Commissione* c. *Italia*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[163] Cfr. F. SORRENTINO, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Pol. dir.*, 2001, 180, ora in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, Padova, 2002, 123 ss.; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. un. eur.*, 1999, 3.

[164] *Contra*, G. TESAURO, *Eguaglianza*, cit., 6, secondo il quale dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di parità uomo-donna emerge che essa ha valorizzato una nozione anche sostanziale e non solo formale del principio di eguaglianza.

abbiano una valenza economica patrimoniale» ivi compresa, ad esempio, un'imposizione tributaria di tipo progressivo, con la conseguenza che «in corrispondenza della diseguaglianza sussistente», la distanza tra i più e i meno abbienti tende ad aumentare anziché a diminuire [165].

Da ciò discende anche che, a livello comunitario, l'eguaglianza si manifesta come un vero e proprio *diritto all'eguaglianza*, come una pretesa, direttamente azionabile dinanzi a un giudice, a non essere trattati in maniera discriminatoria e non, come invece accade a livello statale, come un principio rivolto esclusivamente al legislatore e al quale quest'ultimo deve necessariamente ispirarsi [166]. Con la conseguenza che, in tanto quel principio troverà una tutela dinanzi al giudice comunitario, in quanto la singola persona (fisica o giuridica) sia stata lesa nel suo fondamentale diritto a non essere discriminata (in tutte le sue molteplici sfaccettature), senza che venga minimamente in rilievo la *ratio* per cui una determinata disciplina è stata posta, ma avendo esclusivo riguardo all'eliminazione degli effetti discriminatori che essa produce, il che, come appare di tutta evidenza, è il contrario di quanto accade a livello statale.

Il principio di eguaglianza, dunque, rappresenta, esemplarmente, uno di quei princìpi che, come si diceva poc'anzi, pur avendo il medesimo *nomen*, trovano una tutela differenziata a seconda che ci si muova all'interno dell'ordinamento comunitario o di quello statale. Nel primo caso, infatti, tale tutela è finalizzata al perseguimento delle esigenze della libera concorrenza e del mercato unico; nel secondo, al fine di garantire la complessiva coerenza e ragionevolezza delle scelte del legislatore, ivi comprese quelle che si risolvono in discipline differenziate per le categorie più svantaggiate.

Cosicché, sia pure senza alcuna pretesa di fornire una soluzione definitiva, data la latitudine del problema in esame, mi sembra comunque di poter affermare che sarebbe stato sommamente utile se, sul punto, la Corte di giustizia e la Corte costituzionale avessero instaurato un rapporto di tipo collaborativo, avessero cioè stabilito un dialogo costruttivo tale che la prima fosse risultata positivamente influenzata dalla seconda e fosse approdata ad un'enunciazione di questo fondamentale principio ben più significativa dell'attuale, attribuendogli, anche a livello comunitario, quella portata generale che oggi non ha.

Al contrario, invece di essere stata la Corte di giustizia ad attingere alla plu-

---

[165] Sul punto, cfr. G. FERRARA, *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La rivista del Manifesto*, 2000, 3.

[166] Da ultimo, A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, 155 ss., ora in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, cit., 75 ss., il quale giustamente esclude che l'art. 3 Cost. possa attribuire ai privati una situazione giuridica soggettiva (*ivi*, 156-157). *Contra*, A. CERRI, *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 72 ss. In dottrina, sul principio di eguaglianza, si vedano, tra i moltissimi, almeno L. PALADIN, *Il principio costituzionale di eguaglianza*, Milano, 1965; C. ROSSANO, *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, Napoli, 1966; B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984; N. BOBBIO, *Eguaglianza e libertà*, Torino, 1995, 3 ss.

riennale e imprescindibile esperienza della Corte costituzionale sul principio di uguaglianza, è stata quest'ultima che ha finito per allinearsi alla giurisprudenza comunitaria, senza peraltro valutare se l'applicazione di tale principio, per come lo ha disciplinato la Costituzione italiana, non avrebbe potuto portare a soluzioni diverse da quelle accolte in sede comunitaria. Come già detto, infatti, il principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost. assume un significato difforme da quello che ha nell'ordinamento comunitario e da tale considerazione – peraltro pacifica – la Corte avrebbe potuto e dovuto trarre, a mio avviso, alcune significative conseguenze.

Essa, ad esempio, avrebbe potuto affermare con decisione l'inviolabilità del principio di eguaglianza così come inteso dalla nostra Carta costituzionale (visto, tra l'altro, che costituisce un *principio fondamentale*) [167], e, in questo modo, consentire l'ingresso nell'ordinamento italiano soltanto a quelle norme comunitarie di esso rispettose. Mi sembra, cioè, che il principio di eguaglianza enunciato dall'art. 3 Cost. avrebbe ben potuto rappresentare uno di quei controlimiti alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., tante volte invocati, ma mai individuati – né tantomeno applicati – dal nostro giudice delle leggi.

12. Le discriminazioni a rovescio

Dall'analisi della giurisprudenza delle due Corti, invece, emerge che l'atteggiamento assunto dalla Consulta è stato tutt'altro che autonomo rispetto alle pronunce rese a livello comunitario [168]. Mi riferisco, in particolare, alla giurispru-

---

[167] Così, da ultimo, Corte cost., sent. 6 novembre 2001, n. 352, sul sito Internet *www.giurcost.org*.

[168] Ciò è particolarmente evidente nel caso della giurisprudenza sulle c.d. azioni positive, dove gli *aggiustamenti* della giurisprudenza costituzionale sono, senz'alcun dubbio, conseguenza di quanto affermato dalla Corte di giustizia a cominciare dalla sentenza 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, in *Racc.*, 1995, 3051 ss., con nota di A. Grassi, *La sentenza «Kalanke»: un'inversione di rotta nelle politiche comunitarie sulla pari opportunità?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 675 ss.; P. Mori, *Quale uguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. un. eur.*, 1996, 821 ss. Se, infatti, prima di quella data, la Corte costituzionale aveva sostenuto che le azioni positive sono «misure dirette a trasformare una situazione di effettiva disparità di condizioni, in una connotata da una sostanziale parità di opportunità» e che, in quanto tali, sono svolgimento immediato dell'art. 3, comma 2, Cost. e comportano l'adozione di discipline giuridiche differenziate anche in deroga all'art. 3, comma 1, Cost., perché tendono «ad innalzare la soglia di partenza per le singole categorie di persone socialmente svantaggiate» (Corte cost., sent. 26 marzo 1993, n. 109, in *Giur. cost.*, 1993, 873 ss., con osservazioni di A. Anzon, *L'additiva di «principio» nei giudizi in via principale*, *ivi*, 890 ss. e di M. Ainis, *L'eccezione e la sua regola*, *ivi*, 891 ss.; nonché, sulla medesima lunghezza d'onda, sent. 15 aprile 1993, n. 163, in *Giur. cost.*, 1993, 1189 ss., con osservazioni di L. Violini, *Sulla legittimità costituzionale dei trattamenti parificatori di*

denza della Corte costituzionale sulle c.d. *discriminazioni a rovescio*, che si concretizzano in «situazioni di disparità in danno dei cittadini di uno Stato membro, o delle sue imprese, che si verificano come effetto indiretto dell'applicazione del diritto comunitario» [169].

---

situazioni diverse, in *Le Regioni*, 1994, 173 ss.; e sent. 19 maggio 1994, n. 188, in *Giur. cost.*, 1994, 1663 ss.), le pronunce successive a quella data si discostano palesemente da tali affermazioni, mostrando i segni tangibili dell'influenza del giudice comunitario su quello costituzionale.

Prendendo spunto dalla sentenza Kalanke, infatti, dove la Corte di giustizia sostenne che il diritto comunitario osta a «una normativa nazionale che assicura una preferenza assoluta ed incondizionata alle donne in caso di nomina o promozione» in quanto sostituirebbe «all'obiettivo della promozione della parità delle opportunità (…) un risultato al quale si potrebbe pervenire solo mediante l'attuazione di tale obiettivo» (punti 22 e 23), la Corte costituzionale, nella famosissima sent. n. 422 del 1995 (Corte cost., sent. 12 settembre 1995, n. 422, in *Giur. cost.*, 1995, 3255 ss., con note di U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle «quote» nelle liste elettorali*, *ivi*, 3268 ss.; G. Brunelli, *Elettorato attivo e passivo (e applicazione estesa dell'illegittimità conseguenziale) in due recenti pronunce costituzionali*, *ivi*, 3272 ss.; G. Cinanni, *Leggi elettorali e azioni positive in favore delle donne*, *ivi*, 3283 ss.; L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, 1996, I, 1961 ss.; S. Bartole, *Una dichiarazione di incostituzionalità consequenziale qualificata dalla speciale importanza della materia*, in *Le Regioni*, 1996, 313 ss.), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle norme contenute nelle diverse leggi elettorali che prevedevano una riserva di quote a favore delle donne, riecheggiando alla lettera quanto affermato dal giudice comunitario. Ad avviso della Corte, cioè, l'incostituzionalità delle quote riservate alle donne dipende da ciò che «misure quali quella in esame non appaiono affatto coerenti con le finalità indicate dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione, dato che esse non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, *bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi*».

È evidente, quindi, quanto forte sia stata l'influenza della sentenza Kalanke sulle argomentazioni della Corte costituzionale. Cosicché, nonostante in alcune successive pronunce la Corte di giustizia abbia parzialmente rivisto la propria giurisprudenza affermando che «un'azione diretta a promuovere di preferenza i candidati di sesso femminile nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate deve essere considerata compatibile con il diritto comunitario quando non accordi *automaticamente* e *incondizionatamente* la preferenza ai candidati di sesso femminile aventi una qualificazione pari a quella dei loro concorrenti di sesso maschile e le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto della situazione particolare personale di tutti i candidati» (Corte giust. CE, sentt. 11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marshall*, in *Racc.*, 1997, 6363 ss.; 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck*, in *Racc.*, 2000, 1875 ss.; 6 luglio 2000, C-407/98, *Abrahamsson*, in *Racc.*, 2000, 5539 ss.; *Griesmar*, 29 novembre 2001, cit., e sent. 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, sul sito Internet *www.curia.eu.int.*), rimane il fatto che, a tutt'oggi, la Corte costituzionale resta ancorata alle posizioni espresse nella sent. n. 422 del 1995 e così sarà sino a quando una nuova questione di legittimità costituzionale di misure inquadrabili tra le c.d. azioni positive non le venga sottoposta. Sulle azioni positive in generale, inoltre, cfr. anche L. Ronchetti, *Uguaglianza sostanziale*, *azioni positive e Trattato di Amsterdam*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 985 ss.

[169] Così Corte cost., sent. 30 dicembre 1997, n. 443, punto 5 della motivazione, in *Giur. cost.*, 1997, 3904 ss. Come afferma E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e di-*

Discriminazioni di questo tipo sono quelle che si sono verificate, ad esempio, nelle notissime vicende relative all'aceto di vino italiano [170], alla birra tedesca [171], al gin [172], al formaggio olandese [173], alla pasta italiana [174], allo *yogourt* francese [175], nonché, da ultimo, al cioccolato [176] e al prosciutto di Parma [177]. In questi casi (e in molti altri), la Corte di giustizia ha affermato, in primo luogo, che gli unici ostacoli ammessi alla libera circolazione delle merci all'interno della Comunità europea sono quelli che rispondono «ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori» [178]. In secondo luogo, che «qualunque prodotto fabbricato all'interno di un Paese membro, secondo le regole vigenti in detto Paese, deve poter liberamente circolare in tutti gli altri Paesi membri, indipendentemente dalla regolazione esistente nel Paese di destinazione» [179], con il che ha sancito il c.d. «principio del mutuo riconoscimento» [180].

---

scriminazioni «a rovescio», in *Dir. un. eur.*, 1996, 351 ss., si hanno discriminazioni a rovescio «in tutti i casi in cui ad un cittadino venga imposto dal proprio Stato membro un trattamento diverso, e più pregiudizievole, rispetto a quello garantito invece a cittadini di altri Paesi membri». Su questo tipo di discriminazioni, in dottrina, S. AMADEO-G.P. DOLSO, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost.*, 1221 ss.; E. DENNINGHER, *Il principio di uguaglianza: sulla parità di trattamento tra uomini e donne*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, 2001, 477 ss., in partic. 488 ss.

[170] Cfr. Corte giust. CE, sent. 9 dicembre 1981, causa C-193/80, *Commissione* c. *Italia*, in *Racc.*, 1981, 3019 ss.

[171] Cfr. Corte giust. CE, sent. 12 marzo 1987, causa C-178/84, *Commissione* c. *Germania*, in *Racc.*, 1987, 1227 ss.

[172] Cfr. Corte giust. CE, sent. 26 novembre 1985, causa C-182/84, *Miro*, in *Racc.*, 1985, 3731 ss.

[173] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 22 settembre 1988, causa C-286/86, *Minister Public* c. *Deserbais*, in *Racc.*, 1988, 4907 ss.; 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, in *Racc.*, 2000, 663 ss.

[174] Cfr. Corte giust. CE, sent. 14 luglio 1988, causa C-407/85, *3 Glocken e altri*, in *Racc.*, 1988, 4233 ss.

[175] Cfr. Corte giust. CE, sent. 14 luglio 1988, causa C-298/87, *Smanor*, in *Racc.*, 1988, 4489 ss.

[176] Cfr. Corte giust. CE, Conclusioni dell'Avv. gen. Alber, presentate il 6 dicembre 2001, causa C-14/00, *Commisione* c. *Italia*, e causa C-12/00, *Commissione* c. *Spagna*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[177] Cfr. Corte giust. CE, Conclusioni dell'Avv. gen. Alber, presentate il 25 aprile 2002, causa C-108/01, *Consorzio del Prosciutto di Parma e altro* c. *Asda Stores Ltd. e altro*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[178] Cfr. Corte giust. CE, sent. 20 febbraio 1979, in causa C 120/78, *Rewe Zentral*, in *Racc.*, 1979, 649 ss., punto 8.

[179] Così F. TEDESCHINI, *Il processo di eliminazione delle barriere tecniche al commercio transnazionale nel Mercato unico europeo*, in *Riv. dir. pubbl. comunit.*, 1993, 565.

[180] Deroghe al principio del mutuo riconoscimento, sono ammesse laddove un determinato prodotto venga registrato come Denominazione di Origine Protetta (DOP) in quanto sco-

L'applicazione di detto principio, però, a livello del singolo Stato membro, si risolve, spesso, in una situazione svantaggiosa – e quindi discriminatoria – per i produttori nazionali, costretti ad applicare una disciplina più restrittiva di quella prevista negli altri Stati membri per la produzione del medesimo tipo di bene. A fronte di ciò, la Corte di giustizia, adita più volte per porre rimedio a queste forme di discriminazione, ha negato di poter intervenire, sostenendo l'irrilevanza comunitaria di tutte quelle situazioni che non hanno alcun nesso con il diritto comunitario «e i cui elementi si collocano tutti all'interno di un solo Stato membro» [181], ivi comprese le discriminazioni alla rovescia [182]. In tali circostanze, quindi, spetterà al giudice nazionale controllare «la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca i lavoratori nazionali (…) rispetto ai cittadini di altri Stati membri, qualora i detti lavoratori nazionali si trovino in una situazione priva di qualsiasi connessione con quelle contemplate dal diritto comunitario» [183].

Suggerimento, quest'ultimo, accolto senza indugi dalla Corte costituzionale che, in diverse circostanze, ha giudicato della legittimità costituzionale di norme che, a seguito di una pronuncia della Corte di giustizia, provocavano una discriminazione ai danni dei cittadini italiani costringendoli a rispettare una disciplina più restrittiva di quella applicata, sul medesimo oggetto, ai cittadini degli altri Stati membri. Si tratta, com'è noto, delle sentt. n. 249 del 1995 [184], sui lettori di

---

po di tale registrazione è proprio quello di garantire che il prodotto provenga da una determinata zona e presenti determinate caratteristiche. Cfr. Corte giust. CE, sentt. 9 giugno 1992, causa C-47/90, *Delhaize et Le Lion*, in *Racc.*, 1992, 3669 ss.; 7 maggio 1997, cause riunite da C-321 a C-324/94, *Pistre e altri*, in *Racc.*, 1997, 2343 ss.; 16 maggio 2000, causa C-388/95, *Belgio* c. *Spagna*, in *Racc.*, 2000, 3123 ss.; Conclusioni dell'Avv. gen. Léger, presentate il 9 ottobre 2001, causa C-66/00, *Bigi*, sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[181] Così, Corte giust. CE, sentt. 28 marzo 1979, causa 175/78, *Saunders*, in *Racc.*, 1979, 1129 ss.; 27 ottobre 1982, cause riunite 35/82 e 36/82, *Morson* e *Jhanjan*, in *Racc.*, 1982, 3723 ss.; 28 giugno 1984, causa 180/83, *Moser*, in *Racc.*, 1984, 2539 ss.; 15 gennaio 1986, causa 44/84, *Hurd*, in *Racc.*, 1986, 29 ss.; 17 dicembre 1987, causa 147/87, *Zaoui*, in *Racc.*, 1987, 5511 ss.; 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner* e *Elser*, in *Racc.*, 1991, 1979 ss.; 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*, in *Racc.*, 1992, 341 ss.; 19 marzo 1992, causa C-60/91, *Batista Morais*, in *Racc.*, 1992, 2085 ss.; 16 dicembre 1992, causa C-206/91, *Koua Poirrez*, in *Racc.*, 1992, 6685 ss.; 16 febbraio 1995, cause riunite da C-29/94 a C-35/94, *Aubertin e a.*, in *Racc.*, 1995, 301 ss.; 16 gennaio 1997, causa C-134/95, *USSL n. 47 di Biella*, in *Racc.*, 1997, 195 ss.; 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN.*, in *Racc.*, 1999, 5219; 21 ottobre 1999, causa C-97/98, *Jägerskiöld*, in *Racc.*, 1999, 7319 ss.; 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, in *Racc.*, 2000, 4139 ss.; 20 febbraio 2001, causa C-192/99, *Kaur*, in *Racc.*, 2001, 1237 ss.

[182] Da ultimo, anche causa C-14/00, *Commissione* c. *Italia*, cit., punto 28.

[183] Cfr. Corte giust. CE, sent. 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Volker Steen* c. *Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, 1994, 2715 ss., punto 11. In generale, sul tema delle discriminazioni a rovescio, si veda M. BENEDETTELLI, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, 1989, 226 ss.

[184] Cfr. Corte cost., sent. 16 giugno 1995, n. 249, in *Giur. cost.*, 1995, 1827 ss., con osservazioni di F. DONATI, *Principio fondamentale di eguaglianza e diritto comunitario*, *ivi*, 1838 ss.;

lingua straniera; n. 61 del 1996 [185], sui procuratori legali e n. 443 del 1997 [186], sulla pasta. Mentre, però, nei primi due casi la Corte è riuscita a non affrontare direttamente il problema delle discriminazioni alla rovescia, nel terzo non ha potuto evitarlo.

Con la prima delle succitate sentenze, la n. 249 del 1995, infatti, la Corte si è limitata a dichiarare la questione inammissibile per difetto di rilevanza. La questione di legittimità costituzionale riguardava, com'è noto, la disciplina del rapporto di lavoro dei lettori universitari di madrelingua straniera. Su tale disciplina erano già intervenute sia la Consulta, con la sent. n. 55 del 1989 (con la quale aveva dichiarato l'incostituzionalità del limite massimo di cinque anni posto alla possibilità di rinnovo annuale del contratto) [187], sia la Corte di giustizia che l'aveva ritenuta in contrasto con l'art. 48 del Trattato perché, stabilendo che il contratto di lavoro dei lettori universitari fosse a tempo determinato, poneva in essere una discriminazione indiretta ai danni dei lavoratori cittadini di Stati membri diversi dall'Italia, essendo per lo più questi ultimi ad essere assunti dalle Università italiane [188].

A. MORANTE, *Il trattamento da riservare ai lettori di lingua madre straniera*, in *Dir. com. sc. int.*, 1996, 594 ss.; G. VAGLIO, *Profili dell'assistenza legale nei giudizi davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1996, I, 1581 ss.; E. ALES, *Lavoratori extracomunitari e parità di trattamento: giurisprudenza a confronto*, in *Dir. lav.*, 1995, 364 ss.

[185] Cfr. Corte cost., sent. 28 febbraio 1996, n. 61, in *Giur. cost.*, 1996, 419 ss., con osservazioni di R. DANOVI, *Sulla limitazione territoriale dell'attività di procuratore legale*, *ivi*, 427 ss.; A. BARANI, *La Corte costituzionale conferma il limite territoriale imposto ai procuratori legali*, in *Dir. com. sc. int.*, 1996, 607 ss.

[186] Cfr. Corte cost., sent. n. 443 del 1997, cit., sulla quale si vedano le osservazioni di M. LUCIANI, *Pasta italiana e comunitaria*, in *Italia Oggi*, 19 gennaio 1998, 12; C. PINELLI, *Adeguamento al diritto comunitario e interpretazione costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1997, 3915 ss.; G. GUZZETTA, *Libertà di circolazione delle merci, principio di eguaglianza e asserita separazione tra ordinamenti comunitario e interno*, *ivi*, 3919 ss.; C. TRIPODINA, *Libera circolazione delle merci nel mercato comunitario e tutela delle tradizioni alimentari dei Paesi membri: un caso di discriminazione a rovescio*, in *Giur. it.*, 1998, 2093 ss.; S. NINATTI, «*La sola alternativa praticabile*»: *eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sent. n. 443 del 1997 della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 215 ss.; A. VEDASCHI, *L'incostituzionalità delle «discriminazioni a rovescio»: una resa al diritto comunitario?*, in *Giur. cost.*, 1998, 283 ss.

[187] Cfr. Corte cost., sent. 23 febbraio 1989, n. 55, in *Giur. cost.*, 1989, I, 309 ss., con osservazioni di F.D. MASTRANGELI, *Sui contratti di lavoro nelle Università con i lettori di lingue straniere*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 1313 ss. e di V. ROSSETTO, *I lettori dell'Università: spunti di riflessione a seguito della sentenza della Corte cost. n. 55 del 1989*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1989, II, 213 ss.

[188] Cfr. Corte giust. CE, sentt. 30 maggio 1988, causa C-33/88, *Alluè e altri*, in *Racc.*, 1989, 1591 ss., su cui R. SFOGLIA, *Sui lettori di lingua straniera: Corte costituzionale e Corte di giustizia a confronto*, in *Dir. lav.*, 1989, II, 246 ss.; F.D. MASTRANGELI, *Principio di libera circolazione nella Cee, lettori di lingua straniera e discriminazioni occulte*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, II, 328 ss.; nonché Corte giust. CE, 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331 e 332/91, *Alluè e al-*

In questo caso, la Corte costituzionale non solo ha invocato la sentenza comunitaria adesivamente, ma si è spinta sino ad interpretarne la portata, estendendone l'applicazione «a tutti i lettori di lingua straniera, quale che sia lo Stato di appartenenza» ivi compresi, quindi, i lettori extracomunitari e, soprattutto, quelli italiani, sulla base del fatto che «la connessione della situazione interna con una situazione contemplata dal diritto comunitario sussiste anche nell'ipotesi, che appunto ricorre nella specie, di identità, per contenuto e funzione, della situazione interna a una situazione rilevante per il diritto comunitario in quanto determinata, nel territorio dello Stato italiano, dall'esercizio del diritto di libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità» [189].

Con la sent. n. 61 del 1996, invece, la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal pretore di Monza sull'art. 5 del r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, rilevando che la presunta discriminazione tra i procuratori legali italiani e gli avvocati comunitari, dovuta alla limitazione territoriale dell'attività dei primi e non dei secondi, in realtà non sussisteva a causa della non omogeneità delle situazioni poste a confronto [190]. Il richiamo alla giurisprudenza

---

tri, in *Racc.*, 1993, 4309 ss., su cui M. BARTESAGHI, *Lettori universitari di madre lingua e rapporto di lavoro a tempo (in)determinato*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1994, II, 147 ss. In linea con queste decisioni si pone anche Corte giust. CE, sent. 20 ottobre 1993, causa C-272/92, *Spotti*, in *Racc.*, 1993, 5185 ss., relativa alla disciplina del contratto di lavoro dei lettori di madrelingua straniera vigente in Germania.

[189] Cfr. sent. n. 249 del 1995, cit., punto 3 della motivazione. A questa decisione della Corte costituzionale hanno poi fatto seguito altre sentenze della Corte di giustizia adita da alcuni lettori di madrelingua straniera i quali hanno contestato alla Repubblica italiana il fatto che, nonostante la giurisprudenza comunitaria e la conseguente riforma dell'insegnamento delle lingue straniere nelle università italiane, la situazione di discriminazione nei loro confronti non sarebbe cessata. Si tratta della sent. 20 novembre 1997, causa C-90/96, *Petrie e altri*, in *Racc.*, 1997, 6527 ss., in materia di accesso retribuito dei lettori di lingua straniera agli affidamenti e alle supplenze universitarie e della sent. 26 giugno 2001, causa C-212/99, *Commissione* c. *Italia*, in *Racc.*, 2001, 4923 ss., sul riconoscimento dei diritti quesiti agli *ex* lettori universitari. Si veda anche, sul punto, Corte giust. CE, sent. *Pokrzeptowicz-Meyer*, 29 gennaio 2002, cit., con la quale la Corte di giustizia ha stabilito che, in forza dell'accordo di associazione tra la CE e la Repubblica di Polonia, la disciplina prevista per i lettori universitari tedeschi si estende anche ai lettori polacchi. In dottrina, da ultimo, M. ROCCELLA, *L'Europa e l'Italia: libera circolazione dei lavoratori e parità di trattamento trent'anni dopo*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 1997, I, 273 ss.

[190] In termini analoghi, cfr. la recentissima ord. 7 maggio 2002, n. 163, sul sito Internet *www.giurcost.org*, nella quale la Corte ha dichiarato la questione manifestamente infondata per l'impossibilità di comparare la posizione giuridica dei praticanti con quella degli avvocati italiani o degli avvocati provenienti da altro Stato comunitario. Si veda anche, sul punto, Corte cost., ord. 27 novembre 1997, n. 343, con la quale la Corte ha restituito gli atti al giudice *a quo* per una nuova valutazione della rilevanza della questione da questi sollevata sul principio di localizzazione dei procuratori legali sia perché era già intervenuta la sent. n. 61 del 1996, sia perché successivamente alla proposizione della questione era entrata in vigore la l. n. 27 del 1997 che ha soppresso l'albo dei procuratori legali unificando la categoria degli avvocati e quella dei procuratori legali.

del giudice comunitario, che aveva stabilito che per esercitare la professione di avvocato in Italia il cittadino di un altro Stato membro doveva soddisfare le medesime condizioni prescritte per i cittadini italiani [191], quindi, è stato effettuato dalla Consulta esclusivamente allo scopo di escludere che si potesse estendere ai procuratori legali la disciplina applicata, a livello comunitario, per gli avvocati [192].

Il problema, dunque, in questo caso, non si è posto, anche se, a seguito della recentissima sent. 7 marzo 2002, causa C-145/99, *Commissione* c. *Italia* [193], è facilmente prevedibile che si darà luogo ad un nuovo caso di discriminazione alla rovescia, che dovrà necessariamente essere risolto, di preferenza, dal legislatore nazionale e comunque, in caso di sua inerzia, dalla Corte costituzionale. In questa sentenza, infatti, il giudice comunitario ha affermato, tra le altre cose: che gli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dall'Italia ed esercitanti in Italia il loro diritto alla libera prestazione dei servizi possono disporre delle infrastrutture necessarie all'effettuazione delle loro prestazioni e che l'obbligo per l'avvocato di risiedere nel circondario del tribunale da cui dipende il foro al quale è iscritto è in contrasto con la libertà di stabilimento.

13. (*Segue*)

È solo con la sent. n. 443 del 1997, quindi, che la Consulta ha affrontato esplicitamente il problema delle discriminazioni alla rovescia, affermando, in sostanza, che le discriminazioni che derivano alle imprese nazionali come conseguenza dell'applicazione, nell'ordinamento interno, del diritto comunitario, non soltanto sono per esso rilevanti, ma provocano una violazione del principio costituzionale di eguaglianza che deve essere eliminata. Per la Corte, infatti, «ogni limitazione imposta dalla legislazione nazionale alla fabbricazione e alla commercializzazione delle paste alimentari nel territorio italiano, che non rinvenga nel Trattato o, più in generale, nel diritto comunitario, il proprio fondamento giustificativo, così da poter essere applicata egualitariamente nei confronti di tutta la produzione commercializzata in Italia, si risolve in uno svantaggio competitivo e, in ultima analisi, in una vera e propria discriminazione in danno delle imprese nazionali» [194].

---

[191] Cfr. Corte giust. CE, sent. 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, in *Racc.*, 1995, 4165 ss., con osservazioni di E. Adobati, *Differenza tra libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento per l'esercizio della professione forense secondo la sentenza della Corte di Giustizia nel caso «Gebhard»* e di A. Barani, *Il caso «Gebhard»: un avvocato tedesco in Italia*, entrambe in *Dir. com. sc. int.*, 1996, rispettivamente 293 ss. e 301 ss.

[192] Si veda, sul punto, L. Daniele, *L'ordinamento forense italiano tra Corte di giustizia comunitaria e Corte costituzionale*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 183 ss.

[193] Sul sito Internet *www.curia.eu.int*.

[194] Cfr. Corte cost., sent. n. 443 del 1997, cit., punto 4 della motivazione.

In questo modo, però, il limite dell'utilità sociale previsto dal secondo comma dell'art. 41 Cost., in tanto potrà continuare ad essere applicato, in quanto la disciplina legislativa che lo prevede trovi la propria ragione giustificatrice nel diritto comunitario, cosa non richiesta, invece, per l'applicazione del principio di eguaglianza, destinato a riempire, insieme al primo comma dell'art. 41 Cost., quello «spazio di sovranità che il diritto comunitario lascia libero allo Stato italiano» [195].

La conseguenza di tale ragionamento è l'incondizionato adeguamento da parte della Consulta ai princìpi sanciti dal giudice comunitario e quindi, da una parte, l'accoglimento della tesi che vede, come unici limiti apponibili alla libertà d'impresa, la tutela della salute o dei consumatori e la lealtà dei negozi commerciali; dall'altra, la trasfigurazione del principio costituzionale di eguaglianza in principio di non discriminazione. La disparità di trattamento tra imprese nazionali e imprese comunitarie, infatti, si risolve esclusivamente in un problema di non discriminazione delle prime rispetto alle seconde, non discriminazione che «opera, nella diversità delle discipline nazionali, come istanza di adeguamento del diritto interno ai princìpi stabiliti nel Trattato» e impone al legislatore, come unica alternativa praticabile, di equiparare la «disciplina della produzione delle imprese nazionali alle discipline degli altri Stati membri nei quali non esistano vincoli alla produzione e alla commercializzazione analoghi a quelli vigenti nel nostro Paese» [196].

Con la conseguenza che viene eliminata la disparità di trattamento derivata – a livello interno – dall'applicazione del diritto comunitario, senza tuttavia effettuare alcuna valutazione circa la *ratio* della disciplina nazionale e senza, soprattutto, verificare se, per avventura, le pronunce con le quali la Corte di giustizia aveva rimosso le discriminazioni tra i cittadini comunitari e quelli italiani non fossero state esse stesse lesive del principio di uguaglianza per come esso è sempre stato applicato nell'ordinamento interno.

Ancora una volta, quindi, la Corte costituzionale si è adeguata alla giurisprudenza comunitaria senza mostrare alcun segno di reazione, con la differenza, rispetto ai casi precedentemente esaminati che, in questa circostanza, sembra aver perso davvero un'ottima occasione per sollecitare dal giudice comunitario un atteggiamento meno aggressivo nei confronti dei princìpi fondativi della nostra Carta costituzionale – tra i quali, sicuramente, vi è anche il principio di eguaglianza – e per segnare con maggior concretezza i confini oltre i quali il primato del diritto comunitario su quello interno non può essere tollerato. In altri termini, la Consulta ha perso un'ottima occasione per dare un contenuto tangibile alla teoria dei controlimiti o, meglio, per individuare con precisione in che cosa, essenzialmente, consistano i controlimiti.

Non dico che la Corte avrebbe dovuto ripristinare l'eguaglianza dichiarando

---

[195] Cfr. Corte cost., sent. n. 443 del 1997, cit., punto 5 della motivazione.

[196] Cfr. Corte cost., sent. n. 443 del 1997, cit., punto 6 della motivazione.

l'illegittimità costituzionale della legge di esecuzione del Trattato istitutivo nella parte in cui ha immesso nel nostro ordinamento norme contrastanti con il fondamentale principio costituzionale di eguaglianza, perché una decisione siffatta avrebbe creato una frattura insanabile tra il nostro ordinamento e quello comunitario, cosa, a questo punto, impensabile a meno di non voler rimettere in giuoco lo stesso processo di integrazione europea. Dico però che, utilizzando il proprio variegato strumentario di tecniche decisorie, avrebbe ben potuto addivenire quanto meno ad una pronuncia che, come accadde con la sent. n. 232 del 1989, pur non mettendo in crisi i rapporti con l'ordinamento comunitario, avrebbe potuto mirare a renderlo più congruo rispetto ai valori fondativi della nostra Carta costituzionale.

Oppure, e anche questa soluzione sarebbe stata senz'altro più soddisfacente di quella adottata, avrebbe potuto, come affermato sin dalla sent. n. 170 del 1984, esercitare il proprio sindacato di costituzionalità su quelle statuizioni della legge statale «che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi princìpi» [197]. Cosicché, la legge sulla pasta sarebbe sì stata dichiarata costituzionalmente illegittima, ma non per violazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost., bensì per aver violato il principio di non discriminazione (in danno ai produttori di pasta italiani) posto dal Trattato. In tal modo, non solo, non utilizzando il parametro costituzionale, avrebbe evitato di trasformare il significato originario del principio costituzionale di eguaglianza; ma, soprattutto, avrebbe finalmente giuocato un suo ruolo nel processo di integrazione europea [198].

14. La Carta di Nizza e la costituzionalizzazione del diritto comunitario: la necessità di riaffermare la teoria dei controlimiti

Dall'analisi della giurisprudenza costituzionale sin qui effettuata, dunque, emerge che, da una parte, la Corte si rifiuta di intervenire nelle materie di competenza comunitaria, fatta eccezione esclusivamente per il caso in cui siano in

[197] Cfr. Corte cost., sent. n. 170 del 1984, cit., punto 7 della motivazione.

[198] Sul punto, cfr. L.S. Rossi, *Uguaglianza-Cittadinanza*, in AA.VV., *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, a cura di L.S. Rossi, Milano, 2002, 111 ss., secondo la quale con l'introduzione nella Carta di Nizza «del principio di uguaglianza davanti alla legge, la Corte (costituzionale n.d.a.) dovrebbe modificare la propria giurisprudenza sulla discriminazione a rovescio. Essa non si potrà più limitare a vigilare che l'applicazione del diritto comunitario non si traduca in una discriminazione a danno dei cittadini di altri Stati membri, ma dovrà curarsi che dall'applicazione del diritto comunitario derivi una situazione di uguaglianza» (*ivi*, 114).

giuoco i princìpi fondamentali e i diritti inalienabili dell'uomo (sebbene, anche in simili circostanze, abbia preferito non adottare pronunce che avrebbero potuto avere effetti devastanti sul processo di integrazione europea). Dall'altra, pur non riconoscendo alla Corte di giustizia alcuna superiorità gerarchica, accoglie quanto da quest'ultima affermato nelle proprie pronunce, senza opporre alcuna resistenza, neppure quando le conclusioni del giudice comunitario la portano ad abbracciare posizioni nettamente contrastanti con i princìpi fondamentali della nostra Costituzione.

È evidente, quindi, che l'approccio dualistico, celebrato dalla Consulta come l'unica via per mantenere inalterata la sovranità statale su tutte le materie non riservate all'Unione, rischia di avere un effetto assolutamente controproducente. La Corte, infatti, arroccata com'è sulle proprie posizioni non interventiste, corre il serio pericolo di non avere più alcuna occasione di dialogo con la Corte di giustizia e di rimanere definitivamente ai margini del processo di integrazione europea in atto.

Forse, proprio per tale ragione, la dottrina ha proposto, come soluzione all'isolamento della Corte costituzionale rispetto alle questioni comunitarie e al corto circuito nel rapporto tra quest'ultima e la Corte di giustizia, di fare perno su un ripensamento della giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra ordinamenti, che conduca verso soluzioni più marcatamente monistiche, ripensamento che, come affermato, «permetterebbe alla Corte di rientrare nel gioco della conoscenza e dell'applicazione del diritto comunitario» [199].

La questione è che, da un punto di vista puramente interno, per effettuare una svolta di tale portata in via meramente giurisprudenziale, sarebbe necessario che le ragioni per le quali inizialmente la Corte costituzionale aveva abbracciato la posizione dualista e respinto quella monista accolta dalla Corte di giustizia fossero venute meno. L'Unione europea, cioè, dovrebbe essere in grado di offrire agli Stati membri tutta una serie di garanzie quali una maggiore democraticità e trasparenza dei processi decisionali che coinvolgono le sue istituzioni; una maggiore rappresentatività di queste ultime, così come un controllo diretto ed efficace sul loro operato, che implichi anche forme di responsabilità politica; una tutela giurisdizionale piena ed effettiva dei diritti fondamentali, indipendente dal raggiungimento degli obiettivi comunitari, e così via [200].

Invece, nonostante gli indubbi passi avanti verso la democratizzazione dell'Unione, l'ordinamento europeo non sembra aver ancora raggiunto quel grado di

---

[199] Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Corti europee e corti nazionali*, cit. Nello stesso senso, L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in AA.VV., *La difficile Costituzione europea*, a cura di U. DE SIERVO, cit., 249 ss., in partic. 286 ss.

[200] Su tale questione, da ultimo, C. PINELLI, *La tesi del deficit democratico e le idee di Europa fra mercato e democrazia*, in *Europa europe*, 1999, 17 ss.; P. RIDOLA, *Il principio democratico fra Stati nazionali e Unione europea*, in *Nomos*, 2000, 75 ss.; E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. un. eur.*, 2000, 241 ss.

maturità necessario a far abbandonare, in via meramente giurisprudenziale, la posizione pacatamente difensiva inizialmente accolta dalla Consulta. A livello europeo, infatti, sussistono ancora quelle anomalie istituzionali, quelle carenze e quei limiti, formali e sostanziali, che avevano giustamente consigliato l'originaria cautela. Le recenti modifiche ai Trattati comunitari ad opera del Trattato di Nizza, l'ampliamento delle materie soggette a codecisione, l'eliminazione, in alcuni ambiti, del voto all'unanimità, la stessa adozione della Carta europea dei diritti (che, peraltro, giova rammentarlo ancora una volta, è priva di efficacia giuridica), non sono ancora sufficienti a giustificare l'incorporazione della sovranità statuale in una sovraordinata sovranità europea, perché, affinché ciò avvenga senza danni per le secolari garanzie acquisite a livello costituzionale interno, è necessaria l'adozione di una Costituzione europea ad opera di un'Assemblea costituente europea eletta a suffragio universale da un popolo europeo [201], o, comunque, attraverso il pieno coinvolgimento degli organi rappresentativi dei popoli [202].

Laddove, poi, si pensasse di fornire una sistemazione al rapporto tra i due ordinamenti – e, quindi, tra le due Corti – attraverso un mero intervento normativo, non di natura costituente, è necessario osservare, innanzi tutto, che, come giustamente affermato in dottrina, «non c'è nessuno dei soggetti titolari di potere normativo, né a livello europeo, né a livello costituzionale interno, che possa, in modo satisfattivo, fissare per tutti il principio dei rapporti tra le due Corti» [203]. In secondo luogo, che, a rigore, in Italia, un intervento normativo di rango costituzionale, sul punto, c'è già stato, e precisamente con la riforma dell'art. 117, comma 1, Cost., ai sensi del quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto della Costituzione, *nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario* e dagli obblighi internazionali».

---

[201] La Costituzione, in altri termini, non può che essere il risultato di un atto di volontà di un soggetto costituente. Sul punto, A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 629 ss.; M. LUCIANI, *Legalità e legittimità nel processo di integrazione europea*, in G. BONACCHI, *Una Costituzione senza Stato*, cit., 71 ss.; D. GRIMM, *L'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in *Nomos*, 2000, 7 ss.; G. FERRARA, *Verso la Costituzione Europea?*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 161 ss. *Contra*, per tutti, L. TORCHIA, *Una Costituzione senza Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 405 ss. In generale, sul problema del popolo europeo, da ultimo, S. DELLAVALLE, *Una Costituzione senza popolo?*, Milano, 2002, 1 ss. e *passim*; E. SCODITTI, *Una Costituzione senza popolo*, Bari, 2001, 47 ss.

[202] Cfr. U. DE SIERVO, *Relazione* al Convegno *Idee per una Costituzione europea*, Roma, LUMSA, 16 giugno 2001, sul sito Internet *www.amministrazioneincammino.luiss.it*. Sul punto, si vedano anche gli interventi di L. BONANANTE; G. BRONZINI; A. BEFFARDI; M. DOGLIANI; I. MORTELLARO, *Verso una Costituzione europea?* (tavola rotonda), in *Questione giustizia*, 2000, 285 ss., in particolare M. DOGLIANI, *Revisione dei trattati o processo costituente?*, *ivi*, 310 ss. Sulle difficoltà relative al c.d. processo costituente europeo, cfr. altresì V. ANGIOLINI, *Carta dei diritti dell'Unione europea e diritto costituzionale: incertezze apparenti e problemi veri*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 923 ss.; D. ZOLO, *Una «pietra miliare»?*, *ivi*, 1011 ss.

[203] Cfr. M. LUCIANI, Intervento alla giornata di studio *Corti europee e Corti nazionali*, 12 gennaio 2001, sul sito Internet *www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html*.

E, tuttavia, non è detto che questa *costituzionalizzazione* del diritto comunitario sia in grado di incidere concretamente sulla ricostruzione del rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento interno in senso dualistico piuttosto che monistico. In altri termini, bisognerà vedere se tale disposto verrà interpretato nel senso che esso non fa altro che riconoscere una situazione già consolidata a livello giurisprudenziale sia comunitario che costituzionale (e cioè la prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello interno nelle materie di competenza dell'Unione ed il conseguente obbligo di non applicazione delle norme interne con esso contrastanti da parte di tutti gli operatori del diritto), oppure nel senso di autorizzare la diversa conclusione del trapasso dell'ordinamento interno nell'ordinamento comunitario e quindi l'accoglimento incondizionato della tesi monista.

Per un verso, infatti, la previsione di questo vincolo comunitario, valevole sia per le leggi statali che per quelle regionali, potrebbe essere interpretata nel senso che esso implica la «superiorità delle norme comunitarie su quelle interne» e «l'accettazione dell'*acquis communautaire*», ma *non* è «fonte di nuove limitazioni di sovranità né autorizza conclusioni monistiche *ulteriori* rispetto a quelle che si sono sin qui prodotte», perché mentre l'art. 11 Cost. continuerebbe ad avere la funzione di autorizzare le limitazioni di sovranità necessarie all'integrazione europea, l'art. 117, comma 1, Cost. fungerebbe semplicemente da norma di riconoscimento dell'ordinamento comunitario e delle sue implicazioni normative [204].

Per altro verso, invece, il disposto del novellato comma 1, art. 117 Cost., potrebbe legittimare una ricostruzione del rapporto tra i due ordinamenti in senso più marcatamente monistico: esso, infatti, attribuirebbe ai vincoli comunitari «un effetto di unificazione (…) di tale rilevanza da andare probabilmente molto oltre la logica dell'integrazione fra l'ordinamento comunitario e quello nazionale», e ne consentirebbe una ricostruzione «tale da configurare qualcosa di molto vicino all'esistenza di un ordinamento complessivamente unitario» [205].

Per altro verso ancora, sarebbe possibile anche un'altra interpretazione: grazie al disposto costituzionale, infatti, le norme comunitarie potrebbero sembrare legittimate a fungere da parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, con la conseguenza che, d'ora in avanti, spetterebbe alla Corte costituzionale dichiarare l'incostituzionalità delle norme interne in contrasto con quelle comunitarie. Una lettura siffatta del testo costituzionale, però, come anche affermato in dottrina, «non appare facilmente compatibile con gli orientamenti prevalenti nella

---

[204] Così F. SORRENTINO, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, Relazione alla Tavola rotonda su *Regioni, diritto internazionale e diritto comunitario*, Genova, 23 marzo 2002, reperibile sul sito Internet *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

[205] Così F. PIZZETTI, *I nuovi elementi «unificanti» del sistema italiano: il «posto» della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il «ruolo» dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, reperibile sul sito Internet *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

giurisprudenza costituzionale italiana, che fanno riferimento ad un obbligo, autonomamente disposto dall'ordinamento interno nei confronti del giudice ordinario, di disapplicare leggi confliggenti con il diritto comunitario»[206]. In questo modo, infatti, non sarebbe l'ordinamento interno a fondersi in quello comunitario, ma viceversa. Innanzi tutto, perché le norme dell'ordinamento comunitario fungerebbero da parametro interposto solo perché a ciò autorizzate da una norma costituzionale; in secondo luogo, perché non godrebbero più del carattere della diretta applicabilità che rappresenta il più immediato sintomo della prevalenza dell'ordinamento comunitario su quello interno.

Fermo restando che, qualunque sarà l'interpretazione che la Corte costituzionale accoglierà sul punto, difficilmente si avranno delle ripercussioni sui suoi rapporti con la Corte di giustizia, a meno di non pensare che la Corte accoglierà la tesi più favorevole alla ricostruzione monista, cosa che, allo stato attuale, ritengo francamente assai improbabile per i motivi che ho sin qui esposto.

Mi sembra, quindi, che la maniera più adeguata per ristabilire un rapporto tra Corte di giustizia e Corte costituzionale e per consentire a quest'ultima di prendere parte a pieno titolo al processo di integrazione europea, consista in una modifica della giurisprudenza costituzionale sui controlimiti. La Corte, cioè, potrebbe far leva su un irrobustimento della teoria dei controlimiti, esplicitandone la portata ed affermando, con decisione, la necessità del rispetto delle regole democratiche da parte delle istituzioni dell'Unione europea, sollecitando, contestualmente, dal giudice comunitario, una maggiore sensibilità verso i fondamentali valori espressi nella nostra Carta costituzionale. In questo modo, essa otterrebbe finalmente lo scopo di ripristinare l'auspicato dialogo con la Corte di giustizia, rarefattosi in maniera sin troppo evidente dopo la giurisprudenza con la quale ha dato sistemazione ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno. Questa soluzione, a mio avviso, si rivelerebbe senz'altro più vantaggiosa rispetto alle altre dianzi prospettate, perché esalterebbe il ruolo della Corte costituzionale, garantendole uno spazio privilegiato nel processo di integrazione europea, salvaguardando altresì il nostro ordinamento dalla penetrazione in esso di norme comunitarie non rispettose del nucleo inviolabile della Costituzione.

Vero è che sulla teoria dei controlimiti pende la spada di Damocle della Carta di Nizza. Quando quest'ultima (o una qualunque altra Carta di diritti approvata dall'Unione), diventerà giuridicamente vincolante, infatti, cosa che, peraltro, non tarderà ad accadere, la Corte costituzionale dovrà fare i conti con un sistema di diritti sul quale insistono due testi normativi concorrenti, contemporaneamente in vigore[207]. Si tratta dell'ormai abusata teoria del *multilevel constitutio-*

---

[206] Cfr. E. CANNIZZARO, *Brevi osservazioni sull'art. 11 della legge costituzionale n. 3 del 2001*, sul sito Internet *www2.unife.it/forumcostituzionale/contributi/titoloV2.htm.*

[207] Sul problema della rilevanza giuridica o politica della Carta di Nizza, da ultimo e per tutti, A. SPADARO, *Sulla «giuridicità» della Carta europea dei diritti: c'è, ma (per molti) non si*

nalism, in forza della quale la tutela dei diritti si svolge su più livelli costituzionali che si integrano e condizionano reciprocamente [208]. L'accoglimento di questo costituzionalismo a più livelli, comporta, come noto, che il medesimo diritto venga tutelato da diversi soggetti e a più livelli, con una evidente sovrapposizione delle tutele. La soluzione a tale sovrapposizione consiste in ciò che, come affermato anche nell'art. 53 della Carta, il diritto disciplinato da differenti testi normativi dovrebbe essere tutelato laddove trova le garanzie più intense.

Il problema diventa dunque il seguente: che speranze può avere la teoria dei controlimiti di reggere l'onda d'urto di una Carta dei diritti europea giuridicamente vincolante?

Com'è ovvio, è impossibile fornire una risposta certa a tale interrogativo. E tuttavia, va necessariamente chiarito che, almeno stando all'attuale formulazione della Carta di Nizza, nella grande maggioranza dei casi, la tutela più stingente è quella apprestata a livello costituzionale interno. Nel qual caso, come è evidente, sarà il giudice costituzionale, e non quello comunitario, a dover intervenire. Ma quand'anche si trattasse di diritti che ricevono una tutela più stringente a livello europeo, com'è il caso, ad esempio, del diritto di proprietà, non è detto che la Corte costituzionale non possa intervenire a difesa di quegli stessi diritti per come essi trovano la loro concreta attuazione e sviluppo nel nostro ordinamento e alla luce delle strutture di valore ad essi sottese ed espresse egregiamente nella Costituzione italiana [209].

Vale la pena di ribadire, infatti, quanto già affermato in precedenza e cioè che una cosa sono i diritti previsti e tutelati sul piano costituzionale interno, altro quelli previsti e tutelati sul piano comunitario, ancorché definiti con il medesimo *nomen*. Il prevedere l'esistenza dei diritti fondamentali anche a livello comunitario, quindi, non autorizza a ritenere che le esigenze costituzionali di tutela siano, per ciò solo, automaticamente soddisfatte. Non solo, ma è opportuno rammentare ancora una volta che la teoria dei controlimiti non agisce esclusivamente sul piano dei diritti, ma anche su quello dei princìpi fondamentali. Così, come giu-

---

vede, in AA.VV., *I diritti fondamentali*, a cura di G.F. FERRARI, cit., 257 ss.; nonché L. AZZENA, *Le forme di rilevanza della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., 249 ss.

[208] Sul punto, il riferimento d'obbligo è a I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, in *Common Market Law Rew.*, 1999, 703 ss. Si veda anche G. BRONZINI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dal progetto di un «modello sociale europeo» alla costituzionalizzazione dell'Unione?*, in AA.VV., *Europa politica*, a cura di H. FRIESE-A. NEGRI-P. WAGNER, Roma, 2002, 187 ss., secondo il quale, nella «scuola *multilevel*» è necessario distinguere una componente descrittiva da una prescrittiva che «si avvicina a una sorta di apologia della "tecnocrazia"». Sui rapporti tra tecnica e diritto e la necessità di recuperare spazio alla politica, sia consentito il rinvio a F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

[209] Sulla Carta come *piattaforma* iniziale sulla quale costruire una «identità europea pluralista», cfr. A. SPADARO, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in AA.VV., *La Carta europea*, a cura di P. COSTANZO, cit., 28 ss.

stamente sostenuto in dottrina «è probabile (…) che esistano princìpi coessenziali al nostro ordinamento costituzionale estranei all'universo dei diritti fondamentali» [210], con la conseguenza che, almeno per quanto riguarda la loro garanzia, tra l'ordinamento costituzionale e quello comunitario esiste, allo stato, una tale diversità di fondo, da rendere assai impervia la strada dell'adesione alla tesi monista e da consigliare non già l'abbandono, bensì il rafforzamento della teoria dei controlimiti.

Quindi, così come i controlimiti sono sopravvissuti alla capacità espansiva promanante dall'art. 6 TUE, è auspicabile che essi *resistano* anche ad una ipotetica Carta dei diritti giuridicamente vincolante. Ovviamente, ciò sarà possibile – e necessario – solo fino a quando l'ordinamento europeo non si sarà dotato, come già detto, di una Costituzione europea, e solo in quanto la Consulta riesca, come auspicabile, a disegnarne con maggior precisione i contorni. Gli strumenti tecnici per farlo, d'altronde, non le mancano. Soltanto a queste condizioni, mi sembra, la Corte costituzionale potrà riappropriarsi della posizione che le spetta, all'interno del nostro ordinamento, di supremo garante della Costituzione e dei diritti da quest'ultima riconosciuti, e giuocare un ruolo, nell'Unione e nell'ambito del processo di integrazione, tutt'altro che marginale.

[210] Cfr. M. Luciani, *La Costituzione italiana*, cit., 572.

INTERVENTI E COMUNICAZIONI

IL RINVIO PREGIUDIZIALE *EX* ART. 234 TRATTATO CE, TRA (INGIUSTIFICATO?) *HORROR OBSEQUII* DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IRRESISTIBILE *VOCAZIONE ESPANSIVA* DEL GIUDICE COMUNITARIO

STEFANO AGOSTA

SOMMARIO: 1. *Horror obsequii* della Corte costituzionale ed irresistibile *vis* espansiva del giudice comunitario: il ruolo della Corte di giustizia nell'ambito degli equilibri istituzionali dell'Unione europea. – 2. Profili tecnico-giuridici relativamente alla Corte costituzionale quale giudice del rinvio: notazioni di ordine generale e introduttive. – 3. (*Segue*): il giudizio in via incidentale. – 4. (*Segue*): il giudizio in via principale, i conflitti di attribuzione ed il giudizio di ammissibilità del referendum. – 5. (*Segue*): … e la Carta europea dei diritti (brevi cenni).

1. *HORROR OBSEQUII* DELLA CORTE COSTITUZIONALE ED IRRESISTIBILE *VIS* ESPANSIVA DEL GIUDICE COMUNITARIO: IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NELL'AMBITO DEGLI EQUILIBRI ISTITUZIONALI DELL'UNIONE EUROPEA

Com'è noto, il meccanismo del rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 234 Trattato CE nasce dallo sforzo di soddisfare (e, nei limiti del possibile, di mediare tra) esigenze molto diverse tra di loro: quella della effettiva ed uniforme applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni, da un lato, e quella del controllo sulla legittimità delle norme comunitarie da parte del giudice statale chiamato ad applicarle, dall'altro [1]. In tal modo si è cercato di evitare, da una parte,

[1] Cfr., tra gli altri, M. BAPTISTA, *Manuale del rinvio pregiudiziale*, Padova, 2000; M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, 191 ss.; F. POCAR, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione Europea*, Padova, 2001, 277 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, 798 ss.; V. ONIDA, «*Armonia tra diversi*» *e problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Quad. cost.*, 2002, 549 ss.; L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. un. eur.*, 2001, 65 ss.; M. MARI, *Il rinvio pregiudiziale. Uniformità ed efficacia del diritto comunitario ne-*

di trasformare la Corte di giustizia delle comunità europee in un giudice di revisione o di cassazione gerarchicamente sovraordinato ai giudici dei singoli Stati membri, e, dall'altra, di introdurre un riparto di competenze fondato su un rapporto di *cooperazione tecnica* tra giudice comunitario e giudice nazionale [2].

gli Stati membri, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, 481 ss. Com'è noto, la posizione della Corte di giustizia all'interno della Comunità è stata, sin dall'origine, fondamentale tanto sotto il profilo dell'interpretazione quanto, soprattutto, dal punto di vista dell'evoluzione del diritto comunitario, poiché nella perdurante inattività delle istituzioni comunitarie, essa ha assolto ad una indispensabile funzione di «supplenza normativa» per certi versi simile a quella svolta nel nostro ordinamento dalla Corte costituzionale a fronte dell'inerzia del Parlamento. La normativa comunitaria, nella sua stragrande maggioranza, viene direttamente applicata dagli operatori dei singoli Stati membri, i quali sono spesso chiamati a conciliare tra di loro la disciplina comunitaria con le situazioni giuridiche soggettive previste dall'ordinamento di appartenenza: in questa logica, la via più semplice ed immediata sarebbe stata quella di prevedere un ricorso diretto dei singoli innanzi alla Corte di giustizia avverso le decisioni dell'autorità giurisdizionale nazionale; una soluzione siffatta, tuttavia, avrebbe rappresentato un'ingerenza troppo profonda nella sovranità dei singoli Stati per poter essere accettata, ed è per questa ragione che alla procedura fondata sulla *gerarchia* è stata preferita quella basata, invece, sulla *cooperazione* tra Corte di giustizia e giudice nazionale. Le norme contenute nei trattati istitutivi delle Comunità europee, infatti, a differenza delle norme di diritto internazionale di tipo classico, avendo efficacia diretta ed immediata nell'ordinamento di ogni Stato, attribuiscono ai singoli cittadini situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili innanzi ai giudici nazionali i quali, di volta in volta chiamati a dare applicazione alla disciplina comunitaria, di fatto operano come *organi giurisdizionali comunitari*.

[2] Al primo spetta, in via esclusiva, la competenza sull'*interpretazione* della disposizione comunitaria; quando, infatti, si pronuncia su ricorso pregiudiziale la Corte deve limitarsi a trarre in via interpretativa la *norma-significato* dalla lettera della *disposizione-significante* comunitaria, senza estendere la propria competenza anche all'applicazione della disciplina così interpretata alla fattispecie concreta (compito riservato, invece, al giudice nazionale): così, ad esempio, sentt. 27 marzo 1963, causa n. 28-30/62, *Da Costa*, in *Racc.*, 1963, 73; 8 dicembre 1970, causa n. 28/70, *Witt*, in *Racc.*, 1970, 1026; 28 marzo 1979, causa n. 222/78, *Beneventi*, in *Racc.*, 1979, 1177; v. comunque, tra gli altri, L. FUMAGALLI, *Competenza della Corte di giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale*, in *Dir. com. e sc. internaz.*, 1993, 311 s. Secondo la medesima logica, è vietato alla Corte ogni accertamento di compatibilità di un atto interno con la normativa comunitaria, in quanto controllo rientrante nell'attività applicativa della norma medesima al processo interno pendente. Al secondo giudice compete, invece (sempre in modo esclusivo), di far luogo all'*applicazione* della normativa, essendo il solo ad avere conoscenza diretta del fatto in causa e, come tale, specificamente idoneo a valutare l'esigenza di adire la Corte di giustizia con ricorso pregiudiziale (cfr. R. GRAPPIOLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Dir. com. e sc. internaz.*, 1992, 72 s.): in maniera non dissimile, dunque, da quanto già accade nel nostro ordinamento, quando il giudice *a quo* rinvia la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale. La contestuale vigenza dei principi di *efficacia diretta* (sia verticale che orizzontale) e del *primato del diritto comunitario* (non solo ha determinato un aumento esponenziale del numero dei ricorsi *ex* art. 234 ma) ha, tuttavia, fatto in modo che la Corte svolgesse una funzione nuova, probabilmente diversa da quella originariamente prevista nei Trattati, di controllo «quasi federale» sulle pronunce dei tribunali statali.

L'art. 234 rappresenta, dunque, la *chiave di volta* dell'intero processo di integrazione giuridica contemplato dal Trattato CE, non solo quale strumento di difesa dell'unità/coerenza dell'ordinamento comunitario, ma anche di tutela dei diritti direttamente attribuiti al cittadino dalle norme dei Trattati e degli atti di diritto comunitario derivato: al singolo, infatti, è offerta la possibilità di chiedere alla Corte un accertamento – sebbene indiretto e circoscritto al caso in esame – sulla conformità al diritto comunitario del comportamento tenuto dal proprio Stato membro. Una valutazione sul meccanismo di rinvio pregiudiziale, nel complesso, non può che essere sostanzialmente positiva; la previsione di una procedura che si sforzi di contemperare – e, quand'è possibile, bilanciare – esigenze talvolta distanti e diverse tra di loro (se non, molto più spesso, ambigue e contraddittorie), infatti, dev'essere guardata con favore, soprattutto in prospettiva di una sempre maggiore unificazione/integrazione tra gli ordinamenti.

Tutto ciò, però, non senza alcune precisazioni. Un istituto che riesca a fondere in sé istanze talmente eterogenee e diverse si trova, poi, a dover fare i conti, nella pratica, con ostacoli spesso non facili da superare: esigenze nazionali in conflitto, contrapposti interessi economici, complessi e delicati equilibri socio-politici sempre mutevoli, per non parlare della latente *diffidenza*, in alcuni casi tradottasi in aperta *ostilità*, con cui i singoli Stati membri hanno guardato a quell'ordinamento in un primo tempo da loro stessi fortemente voluto e creato. La fluidità dei rapporti coinvolti, dunque, impone di abbandonare l'idea, senz'altro affascinante ma difficilmente realizzabile nella pratica, che la procedura pregiudiziale fissata dal Trattato CE offra un modello di composizione degli interessi in conflitto, come dire?, «buono per tutte le occasioni» ma chiama, piuttosto, tutti gli operatori coinvolti in questo processo (*in primis*, appunto, la Corte di giustizia e le singole giurisdizioni nazionali) ad una sempre più intima, e feconda, collaborazione nella faticosa ricerca di un punto di equilibrio (che non scenda miracolosamente dall'alto, ma) che va di volta in volta ricercato in concreto.

Se da un lato, dunque, è realistico guardare alle molteplici difficoltà che concretamente si frappongono di continuo alla realizzazione di una piena, effettiva collaborazione tra giudice comunitario e giudici nazionali, con la medesima lucidità bisogna guardare all'istituto del rinvio pregiudiziale così come «confezionato» dai Trattati e come, poi, si è andato, invece, evolvendo nella pratica giurisprudenziale: il quadro che ne emerge, insomma, è ricco, variegato, illuminato da molte luci ma oscurato anche da qualche ombra.

Se, poi, dall'ambito comunitario si passa a quello statale, l'istituto del rinvio pregiudiziale, già complesso e non privo di contraddizioni, si arricchisce, se possibile, di nuovi profili problematici in rapporto con la Corte costituzionale italiana.

Più in particolare, la questione che, in questa sede, si intende brevemente affrontare è, infatti, relativa alla possibilità che anche la Corte costituzionale possa essere qualificata quale *giudice del rinvio* ai sensi dell'art. 234 Trattato CE.

Questione, in verità, non nuova che, com'è noto, è già stata affrontata in passato dalla stessa Corte che, dopo una serie di incertezze ed oscillazioni, si è, infi-

ne (ord. n. 536 del 1995 e poi, successivamente, sent. n. 94 del 1995 e ordd. nn. 319 del 1996, 108 e 109 del 1998), attestata su una posizione di decisa chiusura, negando la propria legittimazione a sollevare la questione interpretativa in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Problema non recente, si diceva, ma non definitivamente risolto anche (e soprattutto) alla luce della più recente evoluzione del processo di integrazione comunitaria. Prendere posizione sulla questione è tutt'altro che semplice, in quanto ben poco sembra emergere dalle pronunce con cui la Consulta ha negato la propria legittimazione ad investire i giudici di Lussemburgo, al di là della (ormai) tradizionale, ma pur sempre dibattuta, negazione della propria natura di organo *pleno iure* giurisdizionale [3]. Tuttavia, l'impressione complessiva che se ne ricava è che – a parte i ben noti rilievi giuridici (che, per la verità, non appaiono insuperabili) – la decisa presa di posizione della Corte sul punto, più che una scelta dettata da ragioni tecniche, riveli piuttosto una tendenza, per così dire, «politica» dettata dalla preoccupazione di ritagliare per sé un ambito di *autonomia ermeneutica* rispetto a quello – sempre più invasivo e, per certi versi, *ingombrante* – della Corte di giustizia.

La preoccupazione, da un rapido esame delle più recenti tendenze della giurisprudenza comunitaria, appare, invero, non infondata. In effetti, ormai da qualche tempo a questa parte, si assiste ad una inarrestabile espansione delle competenze sostanziali e dei poteri processuali da parte del giudice comunitario. Gli esempi che possono essere addotti in tal senso sono numerosi e certo già conosciuti. In questa sede sarà sufficiente porre mente – solo per citare i casi più evidenti – alle nuove competenze acquistate dalla Corte dopo il trattato di Amsterdam, che ha notevolmente esteso l'ambito applicativo del vecchio art. 177 Trattato CE (ora art. 234) [4]. Alle recenti innovazioni normative si accompagna, poi –

---

[3] Soffermarsi sul punto – data la vastità di contributi in argomento – non è, almeno in questa sede, possibile: basterà semplicemente ricordare, com'è stato anche di recente sottolineato, che l'originalità del nostro giudice delle leggi è rappresentata proprio da una sorta di *ibridazione* tra modelli di giustizia costituzionale (apparentemente) inconciliabili, quale quello austriaco di *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da un lato, e quello di *judicial review of legislation* statunitense, dall'altro: fra i numerosi contributi, v., ad esempio, G. AZZARITI, *Corte costituzionale e autorità giudiziaria (del giudice costituzionale come giudice)*, in *Foro it.*, 2000, V, 35 s., secondo cui, nell'incessante oscillazione tra carattere «politico» e natura «giuridica» della nostra Corte costituzionale, tuttavia, «per quanto voglia considerarsi *sui generis* il processo costituzionale, comprendendo in sé una pluralità di prospettive, deve comunque ammettersi che alto è il tasso di giurisdizionalizzazione dei suoi giudizi (…) inoltre, il legame con il 'giuridico' può dirsi essere indotto da elementi di carattere strutturale: il collegamento con il processo principale, il necessario e fitto 'dialogo' con i giudici *a quibus*, il rapporto che si è fatto sempre più stretto con il diritto vivente, la presenza nel giudizio delle parti processuali e dei diversi soggetti (oggi più numerosi che in passato) legittimati all'intervento, sono tutti aspetti che valgono non solo a contrassegnare il processo costituzionale, ma anche ad ancorarlo all'ordine del giuridico».

[4] A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam, ad esempio, il rinvio

in modo sempre più incisivo e determinante – l'apporto della stessa Corte che ha interpretato (e tende ad interpretare) in maniera sempre più estensiva la propria sfera di competenze. Ad esempio, in relazione alle disposizioni *oggetto del rinvio*, laddove la competenza esclusiva ad interpretare le norme contenute nel trattato viene intesa in modo da comprendere tutti gli atti che, col passare del tempo, lo hanno modificato od integrato (i Trattati di Lussemburgo del 1970, di Bruxelles del 1975, di Maastricht del 1992, di Amsterdam del 1997, l'Atto Unico Europeo di Lussemburgo e l'Aja del 1986 e tutti i protocolli annessi).

Altresì in modo estensivo la Corte ha interpretato la nozione di *atti delle istituzioni* assoggettabili al controllo di validità o interpretazione, giungendo a ricomprendervi non solo quelli elencati nell'art. 249 Trattato CE ma anche le risoluzioni del Consiglio, gli atti della Commissione e del Parlamento europeo (ivi comprese pure le raccomandazioni ed i pareri) e gli atti conclusi dalla Comunità con i paesi terzi [5].

Per quanto attiene, più da vicino, al processo comunitario la Corte ha progressivamente arricchito il proprio armamentario ermeneutico, riconoscendosi tutta una serie di poteri idonei ad incidere sull'oggetto del giudizio principale, anche ben oltre le attribuzioni originariamente previste. In tal senso, si è ad esempio riconosciuta il potere di interpretare il quesito proposto dal giudice remittente (se del caso riformulandolo) e di pronunziarsi anche su norme comunitarie diverse da quelle oggetto del rinvio [6]; nel dichiarare irricevibili le cosiddette questioni «ipotetiche», poi, ha di fatto esteso il proprio sindacato sino al punto di ricomprendervi la stessa *rilevanza* della questione (si tratta di tutti quei casi in cui ha dichiarato che la controversia non fosse oggettivamente necessaria al giudice remittente per decidere il giudizio pendente o che tale controversia mancasse di qualunque legame strumentale con l'oggetto del processo principale) [7].

---

pregiudiziale potrà riguardare anche il titolo III *bis* (il titolo IV della recente numerazione) relativo a «visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone», materia evidentemente non irrilevante sia per estensione che per importanza dei diritti direttamente coinvolti. Ulteriore competenza è adesso prevista dall'art. 35 del titolo VI del trattato sull'Unione europea (come risultante dalle modifiche introdotte dal trattato di Amsterdam) relativo alle Convenzioni concluse in materia di cooperazione nei settori «di polizia e giudiziaria in materia penale». Da ultimo, l'art. 2 del Protocollo sull'integrazione dell'*Acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea ha attribuito alla Corte la competenza a decidere in via pregiudiziale sulle disposizioni e decisioni adottate dal Consiglio nel campo di applicazione degli accordi di Schengen (ad eccezione, però, delle decisioni relative al mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna).

[5] Su tali profili, cfr. M. TAVASSI, *Nuove prospettive nei rapporti fra giudici comunitari e giudici nazionali dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Dir. com. e sc. internaz.,* 2000, 465 s.

[6] Cfr. A. D'ASARO, *Funzione uniformatrice della Corte di giustizia e rinvio pregiudiziale: evoluzione e prospettive*, in *Nuove autonomie*, 2002, 583, 591.

[7] Orientamento, questo, seguito anche di recente, tra le altre, con sent. 11 gennaio 2001, causa n. 1/99: nella causa *Kofisa Italia*, infatti, veniva contestata la competenza della Corte nell'ambito di un conflitto in cui la normativa comunitaria non era direttamente applicabile,

Senza considerare che – pur formalmente rispettando la scelta del giudice principale in ordine all'*an* ed al *quando* del rinvio – la Corte ha in sostanza sindacato anche l'opportunità del *tempo* in cui è stata effettuata la rimessione e le sue stesse condizioni o modalità procedimentali (tutte le volte in cui ha richiesto che l'eccezione pregiudiziale venga sollevata soltanto *dopo un regolare dibattito in contraddittorio delle parti* e solo *dopo avere acquisito tutti gli elementi di fatto e di diritto idonei a specificare il contenuto dell'ordinanza di rinvio*). Sempre in tale direzione, il giudice comunitario – pur negando la propria legittimazione a conoscere dell'interpretazione del diritto interno o, in maniera diretta, della sua compatibilità con la normativa comunitaria (ambito istituzionalmente riservato alla competenza del giudice nazionale) – dichiarando, di volta in volta, che l'articolo del Trattato sottoposto al proprio controllo andava interpretato nel senso che «osta» (o, viceversa, «non osta») all'introduzione di determinate disposizioni nazionali, di fatto ha finito con l'accertare il contrasto tra norma interna e norma comunitaria (pur formalmente rinviando al giudice nazionale affinché, per così dire, si limitasse a «ratificare» nell'ordinamento interno la decisione assunta invece in sede comunitaria). E molti altri sono gli esempi che potrebbero ancora farsi.

La giurisprudenza comunitaria, insomma, sintetizzando e (in qualche modo) incanalando la forza delle molteplici istanze che caratterizzano il processo di integrazione comunitaria, come un fiume in piena travolge gli argini originariamente posti, investe nuovi ambiti (sostanziali e processuali) di competenza, invade campi prima riservati in via esclusiva alle giurisdizioni nazionali in un moto incessante e, almeno per il momento, inarrestabile.

Alla luce di quanto sin qui rapidamente accennato appare evidente, dunque, il sempre maggiore rilievo giuridico – ed il connesso peso «politico» – via via acquistato, col trascorrere del tempo, dalla Corte di giustizia nell'ambito degli equilibri istituzionali dell'Unione europea. Non si può sottacere, in particolare, l'importanza del ruolo giocato dalla Corte nell'attuale assetto giuridico europeo che ne fa indiscusso arbitro degli equilibri interistituzionali comunitari: non si deve dimenticare, infatti, che a tutt'oggi (e, verosimilmente, sino alla definitiva approvazione) «la Costituzione europea si presenta come fluida o parzialmente non strutturata, come un'arena di poteri con forze in competizione, che comprendono non solo il Consiglio, la Commissione e il Parlamento europeo, ma anche governi nazionali, burocrazie nazionali, gruppi di pressione territoriali e

---

ma in cui l'applicazione del diritto comunitario era conseguenza del fatto che la normativa nazionale vi si conformava per le soluzioni fornite per una situazione interna. In tale occasione la Corte ha confermato la precedente giurisprudenza *Giloy* (sent. 17 luglio 1997, causa n. 130/95), in base alla quale «il rigetto di una domanda formulata da un giudice nazionale è possibile solo se risulta che con il procedimento *ex* art. 234 CE, in contrasto con il suo scopo, si intende in realtà indurre la Corte a pronunciarsi per il tramite di una controversia fittizia, ovvero sia manifesto che *il diritto comunitario non può essere applicato, né direttamente né indirettamente, alle circostanze del caso di specie*» (punto 22).

settoriali ecc.» [8]. Solo attraverso la lente offerta da tale consapevolezza è possibile, allora, mettere pienamente a fuoco la posizione, in continua espansione, della Corte di giustizia, la quale si trova inevitabilmente chiamata a colmare un vuoto determinato dall'assenza di un organo di controllo politico (che nelle democrazie parlamentari è rappresentato dall'assemblea e dalla sua attività di controllo sugli atti del potere esecutivo) [9]. Non deve stupire, allora, il fatto che il giudice comunitario si proponga quale *mediatore necessario* degli equilibri tra l'Unione europea ed i singoli Stati membri e che, al fine di adempiere adeguatamente a tale nuovo ruolo di fatto assegnatogli dal sistema, si sia trovato inevitabilmente obbligato a dotarsi di *poteri nuovi*, e diversi, rispetto a quelli inizialmente previsti [10].

Nonostante tutto, però, questa sorta di *horror obsequii* (almeno implicitamente) paventato dalla Corte costituzionale, sebbene giustificabile, può essere in parte ridimensionato con riferimento alle nuove possibilità interpretative offerte alla Corte costituzionale italiana proprio dal meccanismo di rinvio pregiudiziale previsto dal Trattato CE (in relazione alle quali si rinvia alle pagine successive) [11].

---

[8] Cfr. S. CASSESE, *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, 501, che, di recente, ha ripreso l'originaria tesi (cfr. ID., *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 469 ss.).

[9] Cfr. A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, relazione alla Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale su *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Taormina 4 ottobre 2002, ed autori *ivi* citati.

[10] Questa espansione «a raggiera» dell'attività e delle competenze della Corte appare la fisiologica conseguenza «da un lato, dell'altalenante volontà di integrazione degli Stati membri, periodicamente riottosi ad accettare il prezzo degli impegni comunitari, e dall'altro, dell'evoluzione, ancora in atto, dei difficili rapporti tra le istituzioni comunitarie. Così, anche grazie alla collaborazione dei giudici nazionali che interrogavano la Corte comunitaria, l'irradiazione negli Stati membri dei principi del diritto comunitario, tramite la soluzione delle questioni pregiudiziali, ha contribuito con un'incisività che le altre istituzioni comunitarie non sono state in grado di eguagliare, alla costruzione dell'unità del sistema comunitario e, di pari passo, di uno embrionale *jus commune* europeo» (così R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il Trattato di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2001, 237 s.).

[11] «Il *timore* della Corte è di dover «prendere ordini» dai giudici di Lussemburgo o addirittura di venire sconfessata dagli stessi. La Corte costituzionale non intende assoggettarsi alla Corte europea, per *timore* di recare danni alla propria credibilità»: così M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, relazione alla Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale su *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, cit., § 6.

2. Profili tecnico-giuridici relativamente alla Corte costituzionale quale giudice del rinvio: notazioni di ordine generale e introduttive

Passando adesso dal piano istituzionale a quello più strettamente tecnico-giuridico, si impone, in primo luogo qualche breve precisazione in relazione alla nozione di «giurisdizione nazionale» così come prevista dall'art. 234 Trattato CE. A questo proposito, i giudici del Lussemburgo hanno da tempo rivendicato per sé il compito di individuare gli organi legittimati a promuovere – su istanza di parte o *ex officio* – il rinvio pregiudiziale: ciò sul presupposto che la c.d. «giurisdizione nazionale» è nozione di natura *esclusivamente* comunitaria, a prescindere dunque dalla qualificazione che di volta in volta i singoli ordinamenti nazionali attribuiscono alla stessa [12].

Con il contributo costante della giurisprudenza comunitaria, la formula *giudice nazionale* è andata incontro ad una lenta ma progressiva espansione [13]. Più in generale, la Corte di giustizia – lungi dal riconoscere una definizione generale ed astratta di *organo giurisdizionale* – ha preferito, piuttosto, individuarne una serie di «indici rivelatori», riservandosi, poi, di accertare se l'autorità di volta in volta remittente li possedesse in concreto o meno [14]. In particolare, la Corte ha identificato quali fondamentali criteri di individuazione: a) l'*origine legale* dell'organo; b) il carattere *permanente*; c) l'*obbligatorietà* della giurisdizione; d) l'*indipendenza*; e) la natura *contenziosa* del procedimento; f) l'*applicazione di regole di diritto*.

---

[12] Orientamento, questo, seguito in maniera pressoché costante a partire dall'ormai risalente pronuncia *Vaassen/Göbbels*, in causa n. 61/65 e poi anche di recente ripreso con sent. 12 novembre 1998, causa 134/97 (v. M. Tavassi, *op. cit.*, 471 s.).

[13] Così, ad esempio, è stata riconosciuta legittimazione anche alle giurisdizioni cautelari, ad organismi di diritto pubblico con giurisdizione obbligatoria (come il Tribunale arbitrale della cassa degli impiegati delle miniere olandese), ad organismi istituiti nel quadro di enti professionali operanti sotto il controllo amministrativo (come la Commissione olandese dei ricorsi per la medicina generica), ad organi il cui carattere giurisdizionale non appare di immediata evidenza (come il Consiglio di Stato italiano nell'emissione di un parere su ricorso straordinario al Capo dello Stato o l'Autorità federale tedesca di sorveglianza sugli appalti), all'ufficio di aggiudicazione degli appalti del *Land* Tirolo, e, da ultimo, anche all'*Immigration Adjudicator* del Regno Unito. Al contrario, tale riconoscimento è stato, invece, negato ad una commissione consultiva per le infrazioni valutarie, ad un direttore dell'amministrazione delle imposte dirette, al giudice in un procedimento di giurisdizione volontaria (relativo all'omologazione degli statuti di una società agli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese), alla Corte dei conti in sede di controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio, all'arbitrato volontario istituito convenzionalmente dalle parti (su tali profili v. comunque A. Celotto-F. Gabriele, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, 2001, 108; M. Tavassi, *op. cit.*, 472 s.).

[14] Cfr., in particolare, sent. 17 settembre 1997, in causa n. 54/96; sul punto v., ad esempio, N. Bassi, *Ancora sul rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e sulla nozione di «giudice nazionale»: è giunto il momento della Corte costituzionale?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 155.

Sul piano dei requisiti giuridici indicati non pare dubbio, allora, che anche la Corte costituzionale possa rientrare a pieno titolo tra i giudici nazionali legittimati a disporre il rinvio pregiudiziale: non si può dubitare, infatti, del requisito dell'origine legale dell'organo, né del carattere permanente, né, tanto meno, di quello dell'obbligatorietà della giurisdizione [15].

Se da una prospettiva, per così dire, «esterna», con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, l'atteggiamento di chiusura tenuto dalla Consulta non sembra, dunque, giustificabile, da un punto di vista «interno» esso appare persino *contraddittorio* rispetto al generale orientamento da questa seguito nei rapporti con le fonti comunitarie. Apparentemente non si spiega, infatti, la ragione per cui, da un lato, il giudice delle leggi ha ormai da tempo riconosciuto il ruolo di *esclusivo interprete* del diritto comunitario alla Corte di giustizia – giungendo persino a riconoscere (a partire dalle note sentt. nn. 113 del 1985 e 389 del 1989) *applicabilità diretta* alle pronunce da quest'ultima emanate, alla medesima stregua delle norme approvate dalle altre istituzioni europee [16] – mentre, dall'altro, si ostina (verrebbe da dire *caparbiamente*) a negare di auto-qualificarsi quale giudice del rinvio [17]: non si spiega o forse… si spiega sin troppo facilmente se solo si pensi che la Corte costituzionale comunque non avrebbe potuto aderire pienamente alla tesi monista di origine comunitaria poiché questo avrebbe, in definitiva, significato condannare se stessa ad una sorta di irreversibile *obsequium* nei confronti dei giudici del Lussemburgo [18]. Invece, fondando i rapporti tra ordinamento interno e comunitario sul principio di separazione (a partire dalla celebre sent. n. 170 del 1984), la Corte si è sforzata di proteggere se stessa ed il proprio principio di legittimazione rispetto alla ricostruzione offerta dalla Corte di giustizia: messa «con le spalle al muro», insomma, non ha scelto la *soluzione migliore* ma, probabilmente, il *male peggiore*. Dettata da una sorta di *horror obsequii*, anche questa scelta, tut-

---

[15] Qualche perplessità potrebbe forse sorgere in relazione al requisito della natura *contenziosa* del procedimento davanti alla Corte, caratteristico del giudizio in via d'azione e dei conflitti di attribuzione (intersoggettivi ed interorganici), piuttosto che del giudizio incidentale o di quello di ammissibilità del referendum.

[16] Ma, per alcune notazioni critiche, v. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, 1193 ss.

[17] Senza considerare, poi, che le medesime esitazioni non sembra invece aver nutrito al momento di riconoscersi quale giudice *a quo* nei giudizi di legittimità costituzionale a partire dalla ormai risalente ord. n. 22 del 1960; sul punto, criticamente, T. GROPPI, *La Corte costituzionale come giudice del rinvio ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE*, in AA.VV., *Giudici e giurisdizioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, a cura di P. CIARLO-G. PITRUZZELLA-R. TARCHI, Torino, 1997, 187 s. e F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, in questo volume, § 14, e ora pure in *Dir. pubbl.*, 2002, 491 ss.

[18] Dubbi su una svolta di tipo monista (almeno in tempi brevi) sembra sollevare, fra gli altri, P.A. CAPOTOSTI, *Quali prospettive nei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Quad. cost.*, 2002, 561.

tavia, ha avuto naturalmente un prezzo da pagare, che è stato quello di una progressiva, inevitabile esclusione (ma, forse, sarebbe più corretto parlare di *auto-esclusione* [19]) da quasi tutte le questioni di tipo comunitario (eccezion fatta per alcuni, emblematici, casi di cui ci si occuperà fra un momento) [20].

Coerentemente con questo orientamento, il giudice delle leggi ha sempre negato di potersi qualificare quale giudice del rinvio: nondimeno, non si può negare l'importanza che tale definitivo riconoscimento potrebbe avere, invece, tanto *de iure condito* quanto, e soprattutto, in proiezione futura. In relazione al primo punto, sarà opportuno allora passare brevemente in rassegna le prospettive che potrebbero aprirsi con riferimento alle diverse tipologie di giudizi davanti alla Corte.

3. (*Segue)*: il giudizio in via incidentale

Per quanto riguarda il procedimento incidentale, invero, sarà il giudice *a quo*, almeno *di regola*, a gestire un eventuale ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia: nell'ipotesi in cui dovesse essere eccepito un contrasto tra la norma da applicare al procedimento in corso e la disciplina comunitaria, difatti, questi sarà l'unico organo legittimato ad accertare il reale significato della norma comunitaria e l'eventuale contrasto.

Quando il conflitto riguardi la normativa comunitaria *auto-applicativa*, le eventualità astrattamente verificabili sono due: *a*) che il regolamento comunitario in questione presenti un significato *sufficientemente chiaro* (per cui non appare necessario alcun rinvio alla Corte di giustizia, ritenendo, invece, il giudice di poter risolvere da sé l'antinomia con la norma interna); *b*) che il regolamento comunitario presenti un significato *oscuro* o *incerto* (per cui al giudice sembra opportuno sollevare l'eccezione pregiudiziale innanzi al giudice del Lussemburgo per ottenerne una pronuncia interpretativa).

In entrambi le ipotesi, trattandosi di una norma comunitaria auto-applicativa, la competenza a risolvere il contrasto resterà in ogni caso del giudice nazionale: nel caso di *significato chiaro*, infatti, questi dovrà senz'altro disapplicare la legge statale a favore del regolamento secondo il principio generale del primato del diritto comunitario.

Ma anche nel caso di *significato oscuro*, sarà sempre lui (e non la Corte costi-

---

[19] Sull'auto-emarginazione della Corte, v., pure, le efficaci notazioni critiche di M. Cartabia, nello scritto *ult. cit.*

[20] «Con la conseguenza che, allo stato attuale (…) ogni volta che essa si trova a dover risolvere una controversia avente ad oggetto il contrasto tra una norma interna ed una comunitaria immediatamente applicabile, *rinuncia* a intervenire e rimette la soluzione della questione ai giudici comuni»: cfr. F. Salmoni, *op. cit.*, § 2.

tuzionale) a dovere sospendere il giudizio e rimettere gli atti al giudice comunitario per ottenerne una decisione chiarificatrice. Ogni volta che si determini un'antinomia tra norma statale e comunitaria auto-applicativa, dunque, la Corte costituzionale risulterebbe comunque, per così dire, «scavalcata» dal giudice *a quo* quale unico giudice della controversia.

A favore di tale conclusione, del resto, esisterebbero tanto ragioni di carattere *strutturale* che di tipo *funzionale*. Dal punto di vista *strutturale* vale quanto appena accennato: il peculiare meccanismo di «filtro» previsto nel giudizio incidentale, infatti, impedisce che possa essere la stessa Corte costituzionale a sollevare la questione pregiudiziale innanzi al giudice comunitario [21].

Sotto il profilo *funzionale*, invece, poiché la norma regolamentare comunitaria prevale sulla disciplina interna con essa in contrasto rendendola inapplicabile al caso concreto, la questione di legittimità costituzionale non potrà, comunque, essere sollevata davanti alla Consulta perché a difettare sarebbe proprio la rilevanza dell'eventuale questione proposta: d'altro canto, non potrebbe che essere così se solo si consideri che, laddove si pervenisse comunque ad una pronuncia di accoglimento della Corte, questa sarebbe (almeno apparentemente) *inutile*, in quanto consentirebbe all'autorità remittente ciò che avrebbe dovuto, in ogni caso, fare, cioè disapplicare la norma interna in contrasto [22].

Tutto questo almeno in linea di principio: nella pratica, infatti, anche nel caso di contrasto tra regolamento comunitario e norma statale possono verificarsi ipotesi nelle quali le competenze delle due Corti (di regola separate) in qualche modo si sovrappongono, riproponendo, dunque, l'esigenza che ad effettuare il ricorso pregiudiziale sia proprio la Corte costituzionale (tanto in sede di rinvio di interpretazione quanto di validità).

---

[21] Si veda, ad esempio, V. ONIDA, *op. cit.*, 551 s.

[22] Cfr. F. GHERA, *op. cit.*, 1195 s. secondo cui «essendo il giudice del processo principale già sciolto dall'obbligo di applicare la legge contraria al diritto comunitario – a causa dell'incidenza del principio di diretta applicabilità sancito dal trattato sul regime degli atti legislativi nazionali – (…) non avrebbe senso, dunque, instaurare un giudizio, come quello di legittimità costituzionale, il cui scopo è di spezzare lo stato di soggezione ad una legge del giudice del processo principale – ma pure, ovviamente, dati gli effetti *erga omnes* delle decisioni di accoglimento, di tutti i sottoposti in generale – quando quel vincolo è già venuto meno».

A ben vedere, tuttavia, le cose non starebbero proprio così, non essendo gli effetti di un eventuale ricorso al giudice delle leggi sempre privi di rilevanza: la caducazione della legge anticomunitaria da parte della Corte, infatti, avrebbe effetto *erga omnes* istantaneo ed irreversibile, con la conseguenza che l'eventuale, successiva rimozione della disposizione comunitaria che aveva dato origine al contrasto non porterebbe, comunque, alla riapplicazione della legge ormai cancellata; la situazione ormai invalsa, invece, secondo cui il giudice disapplica la disposizione in conflitto, dà ad essa modo di riespandersi e di recuperare il suo originario, pieno vigore una volta che la norma comunitaria dovesse essere rimossa o, come che sia, modificata, sì da far venir meno l'antinomia (così A. RUGGERI, *Le leggi regionali contrarie a norme comunitarie autoapplicativa al bivio fra «non applicazione» e «incostituzionalità» (a margine di Corte cost. n. 384 del 1994)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, 469 ss.).

Si riprenda ancora per un momento la distinzione, poco più sopra accennata, tra i casi in cui *a*) il significato della disposizione comunitaria presenti un tasso di *sufficiente chiarezza* e *b*) quelli in cui, nonostante gli sforzi interpretativi del giudice, essa continui ad apparire *oscura*.

Nella ipotesi *sub a*), la regola vuole che il giudice nazionale applichi *sempre* la norma comunitaria, estromettendo *sempre* la Corte costituzionale da qualunque possibilità di intervento; possibilità che potrebbe, invero, nuovamente riproporsi nella circostanza (non *a priori* escludibile) in cui la stessa disposizione del regolamento comunitario si ponga in contrasto a^1) con i *principi fondamentali della Costituzione italiana* e a^2) con i *principi fondamentali comunitari*.

Nella fattispecie *sub* a^1) infatti, ben potrebbe (*rectius*, dovrebbe) il giudice nazionale ricorrere alla Corte costituzionale per l'accertamento del contrasto col nucleo fondamentale della Costituzione [23] e, in questa sede, bene farebbe quest'ultima a proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia tutte le volte in cui il significato della disciplina comunitaria – a differenza dell'orientamento fatto proprio dal giudice *a quo* – le appaia *oscuro* [24]: per la duplice ragione che, da un lato, il giudice delle leggi apparirebbe (non solo non menomato nelle sue prerogative ma, al contrario) istituzionalmente chiamato a svolgere questo genere di controllo e, dall'altro, perché l'esigenza di un eventuale rinvio per *oscurità* del testo comunitario si fa tanto più pressante quanto più importante è l'ipotesi di *vulnus* costituzionale da accertare.

Nella diversa eventualità *sub* a^2), invece, il contrasto tra il regolamento comunitario ed i principi fondamentali comunitari dovrà, di regola, essere risolto dall'autorità giurisdizionale nazionale con il rinvio di validità *ex* art. 234, lett. b) ma non si può escludere che possa farlo anche la Corte costituzionale (specie se, già chiamata a pronunciarsi nei casi *sub* a^1), accerti che il contrasto sussista non coi principi fondamentali costituzionali ma con quelli comunitari).

Si venga ora all'ipotesi *sub b*): la regola impone che il giudice nazionale effettui il rinvio ai giudici del Lussemburgo (di fatto «scavalcando» *sempre* la Corte costituzionale) al fine di stimolarne una pronuncia chiarificatrice. Anche in tali casi, tuttavia, non può *a priori* escludersi un «ritorno in gioco» della Consulta

---

[23] Contrasto che, se accertato, porterebbe ad un sindacato (non certo *diretto* ma) *indiretto* della normativa comunitaria attraverso un controllo sulla legge di esecuzione del Trattato CE nella parte in cui ha dato ingresso alla disposizione regolamentare illegittima nel nostro ordinamento.

[24] Ciò sempre che la Consulta non ritenga, invece, più opportuno non rivolgersi al giudice comunitario ogni qualvolta si sia già formato sulla disciplina comunitaria da applicare un *diritto vivente comunitario*: in tali casi, infatti, potrebbe riproporsi – in maniera speculare – l'orientamento già manifestato per il *diritto vivente interno*, inteso dalla Corte quale limite invalicabile all'adozione di sentenze interpretative. Viene da sé, tuttavia, che la possibilità di sollevare l'eccezione pregiudiziale per la Corte si conservi inalterata in tutte le restanti ipotesi in cui, a causa della recente emanazione, sulla normativa applicabile non si sia ancora formato alcun *diritto vivente comunitario*.

(sebbene tale eventualità appaia meno probabile): quand'anche si pervenga ad una sentenza della Corte di giustizia, infatti, nulla impedisce che essa stessa si ponga in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione italiana né che riveli un contenuto della fonte comunitaria di per sé irrispettoso dei principi medesimi, riproponendosi così, in guisa in parte diversa, il caso già prospettato *sub a*[1]). Senza considerare, poi, i casi in cui – «mascherati» da un controllo sulla rilevanza della eccezione pregiudiziale sottopostole – il giudice comunitario, con la propria pronuncia, introduca surrettiziamente un catalogo di «principi-guida» talmente puntuali che (pur formalmente rispettandola) incidano di fatto sulla stessa validità degli atti normativi nazionali.

Residuano, infine, i casi di cosiddetta *doppia pregiudizialità* (comunitaria e costituzionale) – quando cioè la norma ordinaria assoggettata al controllo del giudice comune si ponga *contemporaneamente* in potenziale conflitto tanto con la Costituzione quanto con la disciplina comunitaria. La Corte costituzionale, con un consolidato orientamento giurisprudenziale (ribadito anche in tempi relativamente recenti con le ordd. nn. 249 del 2001 e 85 del 2002), non solo ha negato di poter effettuare il rinvio pregiudiziale in prima persona, ma ha pure dichiarato la inammissibilità per difetto di rilevanza delle questioni sollevate su leggi interne prima di averne accertato la compatibilità con la normativa comunitaria[25]: per il giudice delle leggi, dunque, l'esame della pregiudiziale comunitaria (non solo è indispensabile ma) rappresenta un momento, logico e cronologico, antecedente a quello relativo al controllo della pregiudiziale costituzionale con la conseguenza che, in caso di mancato rinvio al giudice comunitario, la motivazione della rilevanza sarà considerata insufficiente e la questione di legittimità dichiarata inammissibile[26].

Questo rigoroso orientamento, tuttavia, lungi dal risolvere i tradizionali problemi legati al rinvio pregiudiziale, non fa che aggravarne la portata: imporre un percorso logico-cronologico *obbligatorio* (giudice *a quo*-Corte di giustizia-Corte costituzionale) in luogo di quello *eventuale* (giudice *a quo*-Corte costituzionale-Corte di giustizia, sanzionato, invece, con la declaratoria di inammissibilità), infatti, sembra irrigidire troppo l'istituto *ex* art. 234 – previsto invece come *facoltativo* per le giurisdizioni non di ultima istanza – trasformandolo in una sorta di *condicio sine qua non* del controllo di legittimità costituzionale da parte della Consulta; senza considerare, poi, i gravi inconvenienti che, dal punto di vista dell'economia processuale, un orientamento di questo genere potrebbe determinare tanto alla Corte di giustizia quanto alla stessa Corte costituzionale italiana: la prima, «travolta» da una marea montante di rinvii pregiudiziali (sollevati da giudici obbligati ad interpellarla ogni qualvolta siano chiamati ad applicare la normativa comunitaria), la seconda, di fatto, «tagliata fuori» dal gioco, poiché il

---

[25] Sul punto, però, v., ad esempio, F. SORRENTINO, *È veramente inammissibile il «doppio rinvio»?*, in *Giur. cost.*, 2002, 781.

[26] Cfr. F. GHERA, *op. cit.*, 1198.

giudice nazionale, una volta proposta la questione ai giudici di Lussemburgo, ben difficilmente la ripresenterà una seconda volta davanti alla nostra Corte (essendo tale scelta inutilmente defatigante e poco produttiva dal punto di vista processuale).

Inconvenienti di non poca rilevanza, tutti altrimenti evitabili se la nostra Corte dovesse mutare avviso e riconoscersi, infine, quale giudice del rinvio alla Corte di giustizia: in tal modo, non solo sarebbe ripristinato il «fisiologico» circuito giudice *a quo*-Corte costituzionale-Corte di giustizia, ma si eviterebbe pure che la preesistente sentenza comunitaria possa, in qualche modo, degradare il ruolo della Corte costituzionale a quello di semplice «ratifica» di quanto già stabilito in sede comunitaria [27].

Sin qui l'ipotesi di contrasto con un regolamento comunitario. Si esamini, adesso, il diverso caso in cui il conflitto sorga tra norma interna e disposizione comunitaria *non auto-applicativa*: qui il quadro appare senz'altro diverso rispetto a quello appena analizzato poiché, com'è noto, si tratta di fattispecie che la Corte medesima – con ormai tradizionale giurisprudenza – ha riservato *non a caso* alla propria competenza.

Anche a proposito delle direttive comunitarie, tuttavia, è possibile riproporre la «griglia» appena utilizzata per le antinomie con norme comunitarie *auto-applicative* distinguendo ancora una volta a seconda se a) il significato della direttiva comunitaria appaia all'autorità giurisdizionale italiana *sufficientemente chiaro* oppure se *b*) esso risulti ancora *oscuro*.

Nel caso *sub a*), poi, si può ripresentare l'alternativa (già vista per i regolamenti) a seconda che la direttiva comunitaria contrasti a^1) con i principi fondamentali della Costituzione italiana e a^2) con i principi fondamentali comunitari (con la non trascurabile differenza, però, che chiamata a risolvere la questione stavolta sarà la Corte costituzionale e non il giudice *a quo*): così, nella fattispecie *sub* a^1), ben potrebbe la Consulta, una *prima volta*, rinviare al giudice comunitario perché accerti se la norma comunitaria interessata sia davvero *non auto-applicativa* [28], ed una *seconda volta* (forse non *probabile* ma, non per ciò, *impossibile*) per ottenerne una pronuncia finalmente chiarificatrice; nella fattispecie *sub* a^2), infine, altrettanto legittimamente potrà, essa stessa, effettuare il rinvio pregiudiziale di validità alla Corte comunitaria *ex* art. 234, lett. b).

---

[27] Cfr. ancora M. CARTABIA, *op. e loc. ult. cit.*, che rileva come «la Corte costituzionale cerca di riservarsi la possibilità di intervenire dopo la Corte di giustizia, in nome – sembrerebbe – di un «diritto all'ultima parola», ma in vero rischia di… rimanere muta per sempre».

[28] In caso contrario, infatti, ritroverebbe applicazione la regola generale del primato del diritto comunitario … e chiamato a risolvere il contrasto sarebbe nuovamente il giudice *a quo*. Si è opportunamente fatto notare (M. CARTABIA, *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di doppia pregiudizialità, comunitaria e costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, V, 223) come il giudice comunitario abbia costantemente riaffermato che tra le proprie competenze in tema di interpretazione del diritto comunitario rientri pure quella di accertare se una norma possieda efficacia diretta nell'ordinamento o meno.

Venendo, da ultimo, all'evenienza *sub b*), *a fortiori*, il giudice delle leggi potrà (dovrà?) proporre l'eccezione di pregiudizialità in modo da risolvere il contrasto una volta ricevuta la decisione interpretativa comunitaria [29]. La questione potrebbe, nondimeno, complicarsi e diventare (se possibile) ancor più intricata se soltanto si provi ad immaginare l'ipotesi ulteriore in cui la sentenza interpretativa, così resa dalla Corte di giustizia, dovesse porsi a sua volta in contrasto con i principi costituzionali fondamentali: l'eventualità, si intuisce, potrebbe restare tra quelle di scuola … ma quali regole soccorrerebbero in tali frangenti?

4. (*Segue*): il giudizio in via principale, i conflitti di attribuzione ed il giudizio di ammissibilità del referendum

Possibilità parzialmente diverse offrono, invece, i restanti casi di giudizi innanzi alla Corte, e cioè il giudizio in via principale, i conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato, fra lo Stato e le Regioni e lo stesso giudizio di ammissibilità del referendum: in tutte queste ipotesi, infatti, la diversa strutturazione del giudizio – nel quale manca la «mediazione» di un giudice ordinario – fa sì che la Corte costituzionale si ponga non solo quale giudice di *unica* ma anche di *ultima* istanza, realizzando pienamente tutte le condizioni richieste dal Trattato istitutivo ai fini del rinvio *ex* art. 234 (senza contare, poi, che il persistente rifiuto della Corte di rivolgersi ai giudici del Lussemburgo – anche in tali ipotesi – non soltanto accresce il rischio di un nuovo periodo di difficili rapporti tra le due Corti, in tutto e per tutto simile a quello conclusosi con la famosa sentenza Simmenthal, ma po-

---

[29] Senza considerare, poi, quelle ipotesi in cui il medesimo atto comunitario sia *contemporaneamente* oggetto tanto del sindacato della Corte costituzionale per violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento e dei diritti inalienabili della persona umana quanto della Corte di giustizia per contrasto con i principi superiori dell'ordinamento europeo: rispetto ai primi, infatti, a partire dalla sent. n. 183 del 1973 e poi a seguire con sentt. nn. 384 del 1984, 399 del 1987, 94, 482, 520 e 536 del 1995, 126 del 1996, la Corte Costituzionale ha sempre riaffermato la propria competenza a conoscere della conformità delle norme comunitarie con i principi inviolabili della Costituzione (v. di recente pure V. Cocozza, *Fonti comunitarie e fonti interne*, in AA.VV., *Sovranità rappresentanza democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000, 33 ss.); per ciò che riguarda i secondi, invece, in considerazione del fatto che «tra i parametri di validità impiegati dalla Corte di giustizia rientrano anche quei principi (comunitari) che derivano dalle 'tradizioni costituzionali comuni' agli stati membri e in particolare dai diritti fondamentali protetti dalle costituzioni nazionali (…)» (così, M. Cartabia, *op. e loc. ult. cit.*). Sulle tradizioni costituzionali comuni v., tra i numerosi contributi, A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale comune*, Bologna, 2002, 7 s. ma anche l'intervento di A. Ruggeri, *«Tradizioni costituzionali comuni» e «controlimiti», tra teoria delle fonti e teoria dell'interpretazione* e la relazione di L. Cozzolino, *Le tradizioni costituzionali comuni nella Corte di giustizia delle comunità europee*, entrambi in questo volume.

trebbe persino esporre lo Stato italiano al pericolo di una procedura di condanna per inadempimento) [30].

Per ciò che riguarda, più in particolare, i giudizi di legittimità costituzionale in via principale ovviamente non si possono non considerare i possibili mutamenti che al quadro originario potrebbero derivare dalla recente modifica del titolo V della Costituzione, in relazione al nuovo testo dell'art. 127.

Appare opportuno, allora, mantenere distinte le due ipotesi, rispettivamente, del ricorso governativo avverso legge regionale in contrasto con la normativa comunitaria e del ricorso della Regione contro la legge statale emanate in violazione di tale disciplina.

In relazione al primo caso, la riforma del titolo V potrebbe condurre ad esiti in parte nuovi, a seconda che la legge regionale si ponga in contrasto *a*) con una norma comunitaria *auto-applicativa* oppure *b*) con una norma comunitaria *non auto-applicativa*.

Con riferimento all'ipotesi *sub a*) la trasformazione del ricorso governativo da preventivo in successivo potrebbe avere dei riflessi pure sul problema del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale: prima del 2001, infatti, e proprio con riferimento all'impugnazione di delibere regionali non ancora entrate in vigore da parte del Governo, la Consulta era in più di un'occasione intervenuta ad annullare la delibera del Consiglio regionale per contrasto con una norma comunitaria: la *ratio* di quegli interventi era facilmente spiegabile in considerazione del fatto che ad essere impugnata fosse una disposizione non ancora efficace in relazione alla quale sarebbe stato assolutamente *impraticabile* il rimedio della disapplicazione, secondo le regole generali, per contrasto con il diritto comunitario. Senza contare che l'inerzia del Governo rispetto a disposizioni interne in contrasto con la disciplina comunitaria *self-executing* avrebbe potuto ingenerare, tra gli operatori giuridici chiamati ad applicare la normativa regionale, il convincimento della loro piena conformità a Costituzione, orientandoli a favore della loro applicazione.

Rispetto al regime precedente, dunque, l'attuale formulazione dell'art. 127 potrebbe portare ad una *rarefazione* (se non alla rapida estinzione) dei ricorsi governativi contro leggi regionali in conflitto con un regolamento comunitario [31]. A

---

[30] Cfr. T. GROPPI, *op. cit.*, 178 s., secondo cui «in tal modo verrebbe condotto a compimento quel doppio binario nella risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto nazionale, già delineato con la sent. n. 94 del 1995, per cui nel giudizio incidentale la competenza è del giudice ordinario (in stretto raccordo con la Corte di giustizia), mentre nel giudizio principale spetta al giudice costituzionale (in collaborazione, anch'egli, con la Corte di giustizia)»; v. pure A. CELOTTO-F. GABRIELE, *op. e loc. ult. cit.*; M. TAVASSI, *op. cit.*, 474; N. BASSI, *op. cit.*, 160.

[31] Non bisogna, tuttavia, dimenticare che sulla questione adesso in esame (ma, più ampiamente, sulla materia dei giudizi in via principale e, in generale, sull'intero spettro dei rapporti Stato-Regioni) grava l'«incognita» del nuovo art. 117 Cost. nella parte in cui prevede l'osservanza dei vincoli comunitari quale limite alla potestà legislativa statale e regionale (previ-

ben vedere, infatti, a venir meno sarebbe proprio l'utilità del controllo preventivo sulle delibere regionali per incoerenza col diritto comunitario: l'esistenza di una legge regionale già pubblicata (e, quindi, vigente) non consente, in realtà, alcun accertamento del contrasto con la normativa comunitaria auto-applicativa da parte della Corte in quanto tale legge andrebbe immediatamente e direttamente *disapplicata*.

La disapplicazione della norma anticomunitaria da parte del giudice nazionale, del resto, presenterebbe alcuni vantaggi rispetto all'eliminazione *tout court* operata dalla Corte [32] (a meno che – nonostante la novella del 2001 – non si continui a ritenere il Governo legittimato a ricorrere contro le leggi regionali anticomunitarie: in tal caso, il prevedibile aumento della normativa regionale, da una parte, e l'altrettanto immaginabile espansione della disciplina comunitaria, dall'altra, condurrebbero ad una forte contrazione della tecnica della disapplicazione a fronte della «marea montante» di impugnazioni in via principale) [33].

A seguito della recente riforma costituzionale, dunque, la questione del rinvio pregiudiziale al giudice comunitario nel giudizio in via d'azione ne uscirebbe ridimensionata (e, in parte, *sdrammatizzata*) a favore di un generalizzato utilizzo dell'istituto della disapplicazione giudiziale.

Questo, almeno, per quanto riguarda la disciplina comunitaria immediatamente applicabile: perché, poi, il problema potrebbe nuovamente ripresentarsi nelle fattispecie *sub b*), in quei casi, cioè, in cui la Corte ha conservato la propria competenza a conoscere, e sanzionare, le violazioni di norme comunitarie *non auto-applicative* da parte di legge regionale. In particolare, l'interrogativo sulla reale utilizzabilità del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale appare intimamente intrecciato con quello, non meno complesso, dell'effettiva estensione dei vizi eccepibili dallo Stato in sede di ricorso in via principale: se infatti, a seguito della l. cost. n. 3 del 2001, essi si intendono circoscritti al solo caso in cui la legge regionale si presenti, *allo stesso tempo*, *viziata di incompetenza e contraria alla direttiva comunitaria* allora, corrispondentemente, ne risulterà ristretto anche l'ambito di concreta esperibilità del rinvio d'interpretazione da parte della Consulta. Se, invece, (come appare, al momento, più probabile) si dovesse ritenere che l'attuale, ambigua disciplina sia limitata a confermare il regime precedente alla riforma – consentendo al Governo di impugnare la legge regionale per *qualunque vizio* – allora, in maniera speculare, si estenderà anche la possibilità di tale rinvio.

Quale che sia la vera portata delle violazioni rilevabili, la Corte costituzionale

---

sione, questa, che potrebbe arricchire la tematica di cui si discute di nuovi, e non tutti prevedibili, profili problematici). Sul punto v., tra gli altri, F. SALMONI, *op. cit.*, § 14.

[32] Sul punto, si vedano le considerazioni fatte in nt. 21.

[33] Così A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione, con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in *Quad. reg.*, 2001, 632 s.

potrà, comunque, essere chiamata a sollevare l'eccezione pregiudiziale *ex* art. 234 Trattato CE tutte le volte in cui il significato della direttiva comunitaria appaia talmente *oscuro* da richiedere una pronuncia interpretativa del giudice comunitario al fine di risolvere, poi, l'antinomia con la norma interna.

Per ciò che riguarda la restante ipotesi di ricorso della Regione avverso legge statale contrastante con la disciplina comunitaria, il tradizionale regime dell'art. 127, vecchio testo, appare sostanzialmente immutato, potendo la Regione impugnare la legge statale non rispettosa del diritto comunitario solo nell'ipotesi in cui tale violazione dovesse riverberarsi sulla competenza ad essa costituzionalmente riservata (trovando così conferma il precedente orientamento avallato dalle sentt. nn. 94, 482 e 520 del 1995 in avanti) [34].

Anche in tali ipotesi, del resto, varrebbero le considerazioni appena svolte a proposito del ricorso governativo, dovendosi distinguere a seconda che la legge statale si sia posta in contrasto *a*) con una norma comunitaria *auto-applicativa* oppure *b*) con una norma comunitaria *non auto-applicativa*.

Altri spunti di qualche interesse potrebbe offrire, poi, la materia dei conflitti di attribuzione. Per quanto riguarda i conflitti tra poteri dello Stato, infatti, la possibilità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ancorché improbabile, appare comunque possibile sulla scorta di un duplice ordine di considerazioni afferenti tanto al profilo soggettivo (degli organi coinvolti) quanto al profilo oggettivo (della norma-parametro utilizzata). Sotto il primo aspetto, tale eventualità potrebbe essere favorita dalla progressiva dilatazione della nozione di «potere dello Stato», passata dalla tradizionale (e ormai datata) tripartizione introdotta dal Montesquieu alla più ampia e complessa nozione di poteri quali *organi le cui funzioni concorrano alla decisione del ciclo funzionale, anche limitatamente ad una frazione di competenza costituzionalmente prevista* [35]. Per ciò che riguarda il secondo, invece, ci si riferisce più in particolare alla progressiva estensione della norma-parametro anche alle fonti sub-costituzionali (decreti delegati di trasferimento delle funzioni dallo Stato alle Regioni, norme di attuazione di Statuti speciali, ad esempio), da un lato, e ai regolamenti comunitari, dall'altro (equiparati, quantomeno sotto il profilo della forza, alle disposizioni costituzionali).

A fronte di questi dati positivi, purtuttavia, qualche dubbio sull'ammissibilità del rinvio pregiudiziale nel giudizio sui conflitti potrebbe porsi con riferimento all'effettiva osservanza delle regole del contraddittorio, quale requisito espressamente richiesto dalla giurisprudenza comunitaria ai fini del riconoscimento di una «giurisdizione nazionale» ai sensi dell'art. 234 Trattato CE [36]. In queste ipo-

---

[34] Cfr. V. ONIDA, *op. cit.*, 553 s. e, più in generale, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, 110 s.

[35] Su cui v., per tutti, G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1990, 707.

[36] Su cui v. *supra*, § 2.

tesi, infatti, il problema si presenta particolarmente complesso anche in considerazione della possibilità (che la Corte sembra essersi ormai riconosciuta) di stabilire d'autorità quali siano, di volta in volta, le parti coinvolte nel conflitto, con la conseguenza che non appare del tutto certo che venga sempre garantito il pieno rispetto del contraddittorio.

Per quanto concerne, invece, la materia dei conflitti di attribuzione fra Stato e Regioni, la possibilità di un rinvio pregiudiziale appare tutt'altro che improbabile: ciò non soltanto in virtù delle medesime considerazioni accennate più sopra a proposito dei conflitti di attribuzione fra poteri (peculiare struttura del giudizio, estensione della norma-parametro) ma anche in ragione della progressiva estensione, operata dalla giurisprudenza, della nozione stessa di «atto impugnabile» [37].

Un cenno a parte merita, da ultimo, il giudizio di ammissibilità del referendum: la fattispecie, tuttavia, appare particolarmente complessa sotto diversi punti di vista a partire, in primo luogo, dalla (mai sopita) questione della natura giuridica di tale giudizio. La possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale ad opera della Corte anche in questo contesto dà evidentemente per scontata la soluzione di tale problema (tutt'altro che definitivamente risolto) nel senso della natura giurisdizionale della attività in esso prevista … e questo è un primo ostacolo [38].

Un secondo ostacolo attiene, poi, alla effettiva ricorrenza di quegli «indici rivelatori» di una *autorità giurisdizionale nazionale* remittente *ex* art. 234 normalmente richiesti dalla giurisprudenza comunitaria, con particolare riferimento a quello della *natura contenziosa* del procedimento *a quo* (carattere che sembrerebbe difettare proprio in questo tipo di giudizio): tali notazioni, comunque, non dovrebbero del tutto precludere l'astratta possibilità di investire la Corte di giustizia della questione di interpretazione comunitaria.

Ciò posto, devono essere tenute distinte le due ipotesi prospettabili, a seconda che la richiesta referendaria investa una disposizione statale *contrastante* con la norma comunitaria oppure *attuativa* di tale disciplina.

Si esamini, anzitutto, il primo caso: anche qui, infatti, bisogna ulteriormente distinguere se la norma interna assoggettata a referendum violi *a*) una norma comunitaria *auto-applicativa* oppure *b*) una norma comunitaria *non auto-applicativa*. Nell'ipotesi *sub a*) la richiesta di referendum abrogativo dovrebbe essere, in prima battuta, *inutile*, giusta la regola generale del primato del diritto comunitario che prevede la disapplicazione del diritto interno in conflitto: il quadro, tuttavia, potrebbe risultare diverso a voler seguire quella giurisprudenza comunita-

---

[37] Su questi profili, v. comunque A. RUGGERI-A. SPADARO, *op. cit.*, 362 ss.

[38] Senza poter ripercorrere qui, neppure brevemente, gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in materia, è evidente infatti come una presa di posizione sul punto si riverberi inevitabilmente sulla possibilità stessa di sollevare l'eccezione di pregiudizialità comunitaria: possibilità preclusa nel caso in cui si propenda per la natura di *controllo* di tale «giudizio»; consentita, viceversa, laddove se ne ammetta quella *giurisdizionale*.

ria che, pure nei casi in cui sia possibile l'attivazione del meccanismo della disapplicazione, ugualmente reclama la formale rimozione della legge statale anti-comunitaria (per cui l'abrogazione, così come ad opera di legge successiva, potrebbe, comunque, conseguirsi per via referendaria). Se ne avrebbe, allora che – pure in caso di conflitto tra disposizione interna e regolamento comunitario – sarebbe richiesto (ed anzi … *imposto*) il referendum abrogativo: con l'ulteriore conseguenza che la Corte costituzionale ben potrebbe sollevare l'eccezione pregiudiziale ai giudici di Lussemburgo tutte le volte in cui il reale significato della previsione comunitaria appaia *oscuro*.

Ma se questo è vero, la Corte dovrebbe essere *a fortiori* legittimata al rinvio nelle ipotesi *sub b*), quando il contrasto si verifichi con disposizioni comunitarie *non auto-applicative*, trattandosi di casi che la Consulta stessa ha riservato alla propria competenza.

Si prenda adesso in esame l'ipotesi opposta del referendum avente ad oggetto una disposizione interna *attuativa* di norma comunitaria. Com'è noto, a partire dalla celebre sent. n. 16 del 1978, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto nella funzione attuativa del diritto comunitario un limite (quantomeno implicito) all'abrogazione della normativa interna [39]. La Corte stessa, tuttavia, non ha esteso il divieto di referendum a *tutte* le disposizioni nazionali attuative di fonti comunitarie, ma lo ha limitato alle sole norme, per così dire, *imposte* dagli obblighi comunitari [40].

Questo, insomma, sta a significare che, per tutte le altre norme *diverse* da quelle *comunitariamente imposte*, sarebbe sempre possibile un referendum sulla relativa disciplina di attuazione con il corrispondente giudizio di ammissibilità innanzi alla Corte: anche in questo contesto, dunque, nulla esclude che la Consulta, quando la previsione comunitaria appaia *oscura*, possa operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo (per accertare, ad esempio, se la norma-

---

[39] Secondo l'insegnamento tradizionale, infatti, l'eventuale eliminazione per via referendaria della legge statale emanata in attuazione della disciplina sovranazionale avrebbe potuto esporre lo Stato italiano ad una responsabilità per inadempimento degli obblighi comunitari.

[40] Si tratta, a ben vedere, di norme in relazione alla cui emanazione non vi sarebbe alcun margine di apprezzamento discrezionale da parte del legislatore nazionale ma solo una sorta di alternativa obbligata tra *attuare* o *non attuare* (violandolo) l'impegno comunitario. In questi casi, perciò, l'impossibilità assoluta di instaurare il giudizio di ammissibilità davanti alla Corte preclude, ovviamente, qualunque occasione per effettuare il rinvio pregiudiziale *ex* art. 234 Trattato CE. La *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale, d'altro canto, appare di immediata evidenza (e non dissimile da quella che ispira analogo divieto in relazione alle leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali) se solo si consideri che «abrogando con il voto popolare tali normative, lo Stato potrebbe essere chiamato a rispondere giuridicamente verso gli altri Stati contraenti di un trattato internazionale o verso la Comunità europea e i suoi Stati membri, determinando una responsabilità che la Costituzione ha voluto riservare alla valutazione politica del Parlamento»: così, testualmente, M. CARTABIA, *Referendum e obblighi comunitari: verso l'inammissibilità dei referendum su «leggi comunitariamente necessarie»?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 185.

tiva interna oggetto di proposta referendaria, al di là delle mere «etichette» formali, sia davvero *attuativa* di quella comunitaria oppure no).

Possibili variazioni al quadro così brevemente tratteggiato potrebbero, tuttavia, aversi a seguito di recenti sviluppi giurisprudenziali (in particolare con riferimento alle sentt. nn. 31, 41 e 45 del 2000 in materia, rispettivamente, di immigrazione, la prima, di lavoro a tempo determinato e lavoro *part-time*, la seconda e la terza) ed agli effetti che, indirettamente, questi potrebbero avere sulla tematica in questione [41].

A seguito di tali pronunce infatti, la Corte, con un parziale *revirement* rispetto al passato, ha esteso il divieto di referendum non solo alle leggi di esecuzione degli obblighi comunitari (sostanzialmente *riproduttive* delle disposizioni contenute nella norma comunitaria) ma anche a tutte le leggi che – pur non riproducendo esattamente il contenuto di tale norma – rientrino, *in qualche modo*, nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria [42]. In secondo luogo, spostando l'oggetto del giudizio di ammissibilità dalla norma interna attuativa alla normativa di risulta, la Consulta non si è limitata ad accertare se quest'ultima si ponga in contrasto con una o più disposizioni comunitarie ma si è spinta oltre, sino al punto di pronunciare la inammissibilità del quesito referendario che, in caso di esito positivo, avrebbe potuto determinare un vuoto normativo in una materia *in qualche modo* rilevante per il diritto comunitario [43].

Così argomentando, insomma, la Corte sembra voler riproporre, in materia comunitaria, quella distinzione già elaborata sin dalla sent. n. 16 del 1978 tra leggi *a contenuto costituzionalmente vincolato* e leggi *costituzionalmente obbligatorie* (*mutatis mutandis*, infatti, si è parlato di norme *a contenuto comunitariamente vincolato* e norme *comunitariamente obbligatorie*). Al di là della corrispondenza delle formule linguistiche utilizzate l'inconveniente che, a voler seguire fino in fondo questo orientamento, si potrebbe determinare non è poi molto dissimile da quello già verificatosi in occasione della originaria ripartizione operata dalla sentenza del 1978 [44]: la tentazione, cioè, di riconoscere una *obbligatorietà comu-*

---

[41] Sul punto, cfr. A. PERTICI, *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2002, 247 ss.

[42] La Corte, infatti, riprende la previsione dell'art. 75, comma 2, Cost., relativa alle leggi di autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali, e ne estende l'applicabilità anche alle «altre disposizioni normative che producono effetti *collegati in modo così stretto* all'ambito di operatività di tali leggi tanto da ritenersi implicita nel sistema la preclusione» sulla base di una più ampia interpretazione logico-sistematica (così, sent. n. 31 del 2000; in maniera sostanzialmente identica, v. anche sent. n. 41 del 2000).

[43] La novità consiste, dunque, nel fatto che, a parere della Corte, costituirebbe responsabilità dello Stato italiano per infrazione degli impegni comunitari non già un *contrasto positivo* con la disciplina comunitaria ma persino il semplice *comportamento negativo*, l'omissione, derivante dall'esito favorevole del referendum (cfr. M. CARTABIA, *op. ult. cit.*, 188).

[44] Il meccanismo, a ben vedere, sarebbe, in definitiva, lo stesso con la sola differenza del

nitaria ad un numero sempre maggiore di leggi (basti pensare alle leggi relative a libertà fondamentali, alle leggi elettorali, alle leggi che disciplinano l'organizzazione e l'attività di organi ritenuti essenziali, solo per citare gli esempi più significativi) con la conseguenza della loro *inabrogabilità* senza un contestuale intervento legislativo di tipo positivo.

Concludendo, allora, sul punto: appaiono evidenti quali effetti un siffatto orientamento giurisprudenziale potrebbe avere sul problema del rinvio pregiudiziale nel giudizio di ammissibilità del referendum. La crescente presenza nel nostro ordinamento di normative interferenti con la disciplina comunitaria infatti – unitamente alla progressiva estensione del divieto di referendum così operata dalla stessa Corte – potrebbe portare, verosimilmente, ad una proporzionale riduzione di richieste referendarie; con la conseguenza che, come in un processo «a cascata», si assisterebbe ad una drastica diminuzione dei casi in cui la Consulta potrebbe effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Tale tendenza, tuttavia, non appare irreversibile se solo si consideri che – poiché l'illecito comunitario sarebbe astrattamente ipotizzabile in un numero di casi assai più rilevante rispetto al passato – potrebbero nuovamente aumentare per la Corte le «occasioni» di rimessione pregiudiziale.

Se questo *trend*, infatti, dovesse trovare conferma nella pratica si assisterebbe, è vero, ad una consistente *riduzione* di referendum abrogativi su disposizioni *(in qualche modo) attuative* di norme comunitarie ma pure ad un contestuale aumento di richieste di referendum su quelle *(in qualche modo) contrastanti* con quelle norme comunitarie. In questo incessante gioco «al ribasso» ed «al rialzo», insomma, ne uscirebbe complessivamente inalterato il numero effettivo di casi in cui la Corte, nel giudizio di ammissibilità del referendum, potrebbe trovare più conveniente rivolgersi al giudice comunitario.

5. (*Segue*): … e la Carta europea dei diritti (brevi cenni)

Scenari ancor più ampi rispetto a quelli appena prospettati potrebbero, poi, aprirsi anche (e, soprattutto) con riferimento alla Carta europea dei diritti quale embrione della futura Costituzione europea e, *de iure condendo*, in relazione al processo costituente europeo attualmente in corso.

Il problema dell'effettivo rilievo giuridico della Carta, infatti, nonostante gli sforzi profusi da dottrina e giurisprudenza, appare ancora ben lontano dall'essere definitivamente risolto: e, purtuttavia, il problematico tema del rinvio pregiudiziale passa inevitabilmente anche attraverso quello – ugualmente dibattuto – della Carta.

---

mutamento di traiettoria dalla Costituzione alla norma comunitaria quale norma-parametro.

Le possibilità teoricamente prospettabili, del resto, sono soltanto due, a seconda che si immaginino le due Corti, per così dire, «integrate» tra di loro [45] – laddove la Corte di giustizia si configuri come una sorta di giudice d'appello avverso le sentenze dei tribunali nazionali – oppure «separate», ciascuna Corte proponendosi come interprete esclusivo delle disposizioni contenute nelle rispettive costituzioni (italiana e, domani, europea) [46]. Nel primo caso assisteremmo, allora, ad una sorta di «gerarchizzazione» del rapporto tra il giudice comunitario e quello costituzionale: in questa ricostruzione teorica, la competenza a pronunciarsi spetterebbe, almeno in un primo tempo, al giudice più vicino al soggetto, e, nel caso questa spetti alla Corte costituzionale, dovrebbe essere pure consentita la possibilità di «appello» alla Corte di giustizia (tanto nel caso di *mancata applicazione* quanto nel caso di *cattiva applicazione* della norma comunitaria da parte del giudice delle leggi) [47]. Quest'ipotesi, tuttavia, presupporrebbe come possibile il superamento del divieto di impugnazione delle decisioni della Corte di cui all'art. 137, ult. comma, Cost.: eventualità questa che, in prospettiva *de iure condendo*, potrebbe verificarsi unicamente a condizione che si consideri il divieto stesso come *non espressivo* di un principio fondamentale o, come che sia, non necessariamente servente principi-valori fondamentali [48].

La Consulta, tuttavia, *non vuole* partecipare a questo circuito ermeneutico «virtuoso» che si è venuto a creare tra la Corte di giustizia ed i giudici del rinvio

---

[45] Cfr., in tal senso, A. SPADARO, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, relazione alla Giornata italo-spagnola di giustizia costituzionale su *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Taormina 4 ottobre 2002, § 5, secondo cui, plausibilmente, assisteremo ad «un'Unione di Stati nazionali che rinunciano, liberamente e progressivamente, a cospicue fette della propria sovranità, in un quadro complesso e articolato (di costituzioni nazionali integrate da quella comunitaria) di *multilevel constitutionalism* – o *multilevel government* o *multilevel governance* – in cui coesisteranno diversi ordinamenti «l'uno dentro l'altro» e l'uno compatibile con l'altro, in un sistema *reticolare*». Sulla nozione di *multilevel constitutionalism* si veda, tra gli altri, P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale. Il* Grundgesetz *come Costituzione parziale nel contesto dell'Unione europea: aspetti di un problema*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2002, 455 ss., ma v. pure L. VIOLINI, *Prime considerazioni sul concetto di «costituzione europea» alla luce dei contenuti delle vigenti carte costituzionali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1225 ss.; S. PAJNO, *L'integrazione comunitaria del parametro di costituzionalità*, Torino, 2001, 226 ss.

[46] Cfr. A. RUGGERI, *La «forza» della Carta europea dei diritti*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, 182 ss.

[47] Così A. RUGGERI, *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2001, 230.

[48] Tesi, tuttavia, non seriamente sostenibile (almeno) nell'attuale contesto costituzionale, incentrato sulla Corte quale *organo di chiusura* del sistema.

per l'*horror* di assoggettarsi alle pronunce dei giudici di Lussemburgo ma, così facendo, rinuncia definitivamente alla possibilità di condizionarne in qualche modo gli orientamenti [49].

Quale che sarà, poi, il concreto assetto dei rapporti tra le due Corti, il vero è che – anche, e soprattutto, alla luce di una visione d'insieme dell'intero ordinamento comunitario e del ruolo che all'interno di esso sono chiamati a giocare i giudici di ciascun Stato membro – si avverte, dunque, sin d'ora, la consapevolezza che la possibilità di inserirsi nel meccanismo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia non rappresenta affatto una *perdita* ma, al contrario, un *arricchimento*, proprio in vista di una rafforzata tutela dei diritti fondamentali [50]. La sovranità nazionale – ed, in particolare, quella costituzionale – insomma, lungi dall'essere menomata e mortificata da quella sovranazionale appare, piuttosto, da questa valorizzata ed esaltata, traendo incessantemente nuovi spunti e nuova linfa dalla reinterpretazione «adeguatrice» delle formule costituzionali alla luce di quelle comunitarie (e di quest'ultime alla luce delle prime, in un incessante rapporto di circolarità reciproca). La Corte costituzionale, insomma, non solo non dovrebbe sottrarsi a tale, proficuo, confronto ermeneutico, ma, piuttosto, è essa stessa chiamata in prima persona a parteciparvi nel pieno spirito di *leale cooperazione comunitaria* anche in vista di una più completa realizzazione del processo di integrazione europea [51]. Trascinata, dunque, dalla irresistibile forza del processo di integrazione comunitaria, la Consulta sembra inevitabilmente avviarsi ad un *bivio obbligato*: può scegliere

---

[49] «La Corte rifiuta il dialogo diretto, ma non va esente dall'influenza della giurisprudenza di Lussemburgo. Tuttavia, rifiutando il dialogo diretto non esprime mai la voce dell'ordinamento costituzionale italiano nei giudizi comunitari (…) si può immaginare che per scongiurare il pericolo di prendere direttive da Lussemburgo si corra il rischio, non meno pernicioso per la credibilità della Corte costituzionale, di lasciare ai giudici comuni il terreno della tutela dei diritti fondamentali e li si esponga alla tentazione di sconfessare la Corte costituzionale, di ignorare la sua giurisprudenza o semplicemente di emarginarla del tutto dalle questioni vertenti sui diritti fondamentali (…) Se davvero la Corte costituzionale non vuole che il suo ruolo di custode dei diritti fondamentali si atrofizzi sarebbe bene restituire fiducia ai giudici comuni rispondendo nel merito alle questioni di costituzionalità che essi pongono e contemporaneamente tessere un rapporto diretto con le Corti europee, attraverso l'uso del rinvio pregiudiziale»: così M. CARTABIA, *op. e loc. ult. cit*.

[50] Per interessanti spunti in tal senso, vedasi, ad esempio, Corte giust. CE, sent. 28 ottobre 1999, causa n. 6/98 in tema di «Attività televisiva – Limitazione della durata di trasmissione dedicata alla pubblicità» relativa all'interpretazione dell'art. 11, n. 3, direttiva 89/552/CEE nel testo attuale coordinato con le modifiche apportate dalla direttiva 97/36/CE, annotata da F. PREZIOSO, *Riflessioni sugli effetti delle sentenze interpretative della Corte di giustizia sul sistema delle garanzie dei diritti fondamentali vigente nel nostro ordinamento*, in *Giur. cost.*, 2000, 2928 ss.

[51] Cfr. P.A. CAPOTOSTI, *op. cit.*, 564; A. SPADARO, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1041 ss.

di assecondarne il moto (e così sfruttarne le nuove possibilità offerte) oppure decidere di opporsi ad esso (affrontando perciò il rischio di esserne spazzata via) [52].

Molte delle possibilità di «sopravvivenza» della stessa Corte passeranno, insomma, anche attraverso queste scelte.

---

[52] Fare delle previsioni nell'attuale, confusa, congiuntura appare non soltanto rischioso ma anche fuorviante: è innegabile, però, che laddove la Corte – indifferente alle pressanti esigenze che da più parti le giungono – dovesse continuare a mantenere un atteggiamento di chiusura, condannerebbe se stessa ad essere ineluttabilmente «tagliata fuori» da quel gioco assiologico-interpretativo che coinvolge ed influenza reciprocamente la Corte di giustizia ed i giudici nazionali.

SUL RUOLO DELLA CORTE COSTITUZIONALE NEL PROCESSO COSTITUZIONALE EUROPEO

SALVATORE ALOISIO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Un cenno preliminare alla collocazione della Corte di giustizia nell'attuale quadro istituzionale europeo. – 3. La giustizia costituzionale, la Corte di giustizia e il processo di riforma dell'Unione europea. – 4. Il possibile ruolo della Corte costituzionale italiana nel dibattito sull'avvenire dell'Europa. – 5. Sulla possibilità di adire la Consulta in merito al controlimite del principio democratico.

1. PREMESSA

Alla luce dell'attuale contesto europeo, caratterizzato da un importante dibattito sul futuro dell'Unione europea, con al centro l'esigenza di gestire «l'allargamento» ai nuovi aderenti e la necessità di «approfondire» i legami politico-istituzionali e le competenze esercitate in comune, cercheremo di svolgere alcune brevi considerazioni dirette, in un'ottica dichiaratamente favorevole ad una soluzione federale del processo di unificazione europea, ad affermare che la giustizia costituzionale può avere un ruolo attivo in questo processo.

Ciò, in particolare, con riferimento alla Corte costituzionale italiana, la quale potrebbe dare una lettura attiva e «propulsiva» alla teoria dei controlimiti, traendo dai princìpi fondamentali della Costituzione alcune direttive che ci sembrano funzionali alla soluzione che auspichiamo.

2. UN CENNO PRELIMINARE ALLA COLLOCAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA NELL'ATTUALE QUADRO ISTITUZIONALE EUROPEO

Per comprendere il ruolo delle Corti costituzionali nazionali in relazione alla Corte di giustizia della Comunità europea e, più in generale, al processo di unificazione europea, è necessario considerare la collocazione della Corte di giustizia nell'ambito delle istituzioni dell'Unione Europea. Senza approfondire la controversa questione relativa alla definizione dell'attuale conformazione istituzionale

dell'U.E. [1], pare condivisibile l'analisi secondo cui la Comunità europea già «alla fine degli anni Ottanta era caratterizzata da alcuni tratti che la avvicinavano alle strutture tipiche di uno stato federale», pur restando ancora molto lontana da un autentico stato di questo tipo ma, dopo i trattati degli anni Novanta e la realizzazione della moneta unica europea, si è affermata «una chiara tendenza al rafforzamento federalistico dell'unione», anche se non è stato ancora conferito «ai Poteri europei quel minimo di strutture dinamiche e democratiche che permetta di parlare – nel senso moderno della parola – di un vero stato-apparato centrale nel quadro di un ordinamento federale». È pertanto opportuno continuare a «qualificare l'Unione-Comunità europea (…) genericamente "unione sopranazionale"», sottolineando però un concetto importante: «che trattasi di unione realizzatasi in origine attorno ad interessi comuni di natura economica e movente oggi nella direzione dello stato federale (di cui possiede già alcuni tratti)» [2].

Si può, pertanto, sostenere che l'Unione europea presenti caratteristiche ibride in permanente evoluzione, comprendenti tanto elementi intergovernativi (nel complesso prevalenti) quanto elementi federali, tra i quali la Corte di giustizia [3].

A questa collocazione della Corte nel quadro istituzionale comunitario è dovuta, tra l'altro, la sua tendenza – giunta ormai al limite massimo – ad espandere per via giurisprudenziale i poteri delle istituzioni europee (nel quadro giuridico vigente), che ha, nel complesso, incontrato la collaborazione delle Corti nazionali [4], anche se non sono mancati sporadici tentativi delle Corti costituzionali nazionali di riappropriarsi di margini di controllo sul diritto europeo.

---

[1] Per un'elencazione esauriente e sintetica delle numerose posizioni presenti in dottrina: L. TORCHIA, *Una costituzione senza stato*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 405-406. Alcuni cenni sull'evoluzione del dibattito sulla natura giuridica della Comunità in R. MONACO, voce *Comunità economica europea (CEE)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, 6-7.

[2] Cfr. G. BOGNETTI, voce *Federalismo*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, Torino, 2000, 280-281, laddove si effettua altresì una valutazione della natura dell'U.E. anche alla luce delle categorie tradizionali, criticando però «il vizio della passione classificatoria»: *ivi*, 286.

[3] Sul ruolo del potere giudiziario, nel quadro del sistema comunitario, v. F.G. PIZZETTI, *Il ruolo delle corti di giustizia nei modelli federali*, in AA.VV., *Modelli giuridici ed economici per la Costituzione europea*, a cura di A.M. PETRONI, Bologna, 2001, 133 ss., in particolare nota 30. In merito v. già S.M. CARBONE-F. SORRENTINO, *Corte di giustizia o Corte federale delle Comunità europee?*, in *Giur. cost.*, 1978, 654 ss.; sull'uso da parte della Corte di giustizia di quadri concettuali propri di uno Stato federale, A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1485 ss.

[4] V. F. SORRENTINO, *L'influenza del diritto comunitario sulla Costituzione italiana*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, Milano, 1999, II, 1637 ss. a proposito dell'atteggiamento dei giudici costituzionali italiani e tedeschi; nonché 1645 e 1656 sui compiti propri di una corte federale esercitati dalla Corte di giustizia ma anche sull'arresto dell'espansione per via giurisprudenziale dei poteri europei, in assenza di una loro legittimazione democratica. Per un quadro d'insieme del ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione del sistema comunitario (in direzione federale) e dei suoi rapporti con i giudici nazionali, M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa. Profili costituzionali e istituzionali*, Bologna, 2000, 62 ss.

È, dunque, in questo complesso ambito che deve essere valutato il ruolo che possono assumere gli organi di giustizia costituzionale nazionali rispetto alla Corte di giustizia, ma soprattutto in relazione all'avvenire dell'Unione europea.

3. La giustizia costituzionale, la Corte di giustizia e il processo di riforma dell'Unione europea

L'esigenza di considerare il rapporto tra le corti costituzionali nazionali e la Corte di giustizia alla luce del contesto istituzionale sovranazionale in cui agisce la Corte europea vale tanto più nella situazione attuale, che vede, con la Convenzione convocata in occasione del Consiglio europeo di Laeken, l'avvio di un procedimento di riforma dell'U.E. diretto, stando almeno alle dichiarazioni, alla realizzazione di una «Costituzione europea»; anche se – dopo la fase preparatoria affidata alla Convenzione – tutte le decisioni saranno prese da una Conferenza intergovernativa, secondo le consuete procedure, di sapore internazionalistico, di riforma dei Trattati comunitari [5].

Pur nella consapevolezza dell'uso vago che del termine «Costituzione» viene spesso fatto con riferimento al processo di unificazione europea, non pare possa escludersi, anzi, se le parole hanno ancora un valore, questa dovrebbe essere l'unica possibilità, che nelle procedure di riforma dell'U.E. in atto ci si riferisca alla «Costituzione per antonomasia», vale a dire al significato attribuito a questa espressione da quando ha avuto origine il costituzionalismo moderno [6]. Questo è,

---

[5] La dichiarazione sul futuro dell'Unione europea, approvata dal Consiglio europeo di Laeken e che convoca la Convenzione sull'avvenire dell'Europa (riportata in *http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/doc151201_it.htm*), parla della «via verso una costituzione per i cittadini europei» e pone il quesito sull'opportunità di giungere «all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale» chiedendo «quali dovrebbero essere gli elementi di base di tale legge fondamentale»; nel paragrafo finale si ritrovano indicazioni sulla sua composizione e sul metodo di lavoro. Peraltro, il dibattito politico degli ultimi due anni ha visto una ripresa dell'uso di termini come «federazione» e «Costituzione», riferiti alla costruzione europea, come non accadeva dagli anni '50: ci riferiamo al discorso pronunciato dal ministro degli esteri tedesco, Fischer, il 12 maggio 2000 all'Università Humboldt di Berlino; all'intervento del Presidente francese Chirac al *Bundestag* del 27 giugno 2000; alle discussioni scaturite dalle dichiarazioni dell'allora Presidente del Consiglio, Amato, (v. in particolare l'intervista concessa a Barbara Spinelli e pubblicata su *La Stampa* del 13 luglio 2000); nonché al discorso del Presidente della Repubblica, Ciampi, pronunciato all'Università di Lipsia il 6 luglio 2000, a quello del Presidente tedesco Rau al Parlamento europeo del 4 aprile 2001, infine alle posizioni assunte dal Cancelliere federale Schröder e dall'SPD in occasione del Congresso dei Socialisti europei (Berlino 7 e 8 maggio 2001), (per ulteriori riferimenti cfr. la stampa quotidiana dei giorni successivi alle date citate).

[6] Che il problema della Costituzione europea abbia un senso solo se riferito ad un concetto di Costituzione di tipo prescrittivo ed in una correlazione inscindibile al concetto di Stato

comunque, l'unico senso che a mio avviso è da prendere in considerazione, rischiandosi altrimenti un uso fuorviante e sminuente del termine.

In tale quadro, aumentano sicuramente le esigenze di dialogo tra le Corti [7] e, più in generale, tra i sistemi di giustizia costituzionale nazionali e l'U.E. nel suo complesso. Non tanto, a mio avviso, nella direzione di un rafforzamento, da parte delle corti costituzionali nazionali, dei controlli e delle limitazioni relative alla portata della normazione europea – quelli che nel nostro ordinamento sono stati denominati efficacemente «controlimiti» [8] – direzione che rappresenterebbe un atteggiamento meramente difensivo e passivo a tutela di una sovranità nazionale spesso solo formale, perché di fatto priva di sostanza, con insito il rischio di rivelarsi inconcludente o destabilizzante, bensì con l'assunzione da parte delle corti nazionali di un ruolo costruttivo e attivo, volto al tempo stesso ad indicare i limiti costituzionali che si pongono all'avanzamento del processo di unificazione europea con strumenti meramente internazionalistici e a tracciare l'alveo che tale processo deve imboccare per essere compatibile con i princìpi fondamentali comuni alle costituzioni europee. E tutto ciò, si noti, tanto in relazione ai contenuti (istituzionali e di valore) dell'ordinamento europeo, quanto alle procedure da adottare per riformarlo.

Per certi aspetti in questo senso pare essersi diretta la famosa sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Maastricht [9], che – nella lettura che pare più convincente – poneva come precisa ipoteca sugli sviluppi dell'unificazione europea il rispetto del principio democratico, almeno nella misura in cui anticipava «le condizioni alle quali, alla luce della L(egge) F(ondamentale),» sarebbe «subordinata la eventuale futura creazione di uno Stato federale europeo ed in particolare la condizione del rispetto, pieno e totale, del principio democratico» [10]. I giudici costituzionali tedeschi già allora affermavano esplicitamente

è dimostrato da A. ANZON, *La Costituzione europea come problema*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 629 ss. (*ivi*, inoltre, una ricostruzione dei significati attribuiti al termine, in particolare con riferimento all'U.E.).

[7] In questo senso, ampiamente, F. SALMONI, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità europee*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione «Gruppo di Pisa» *La Corte e le Corti*, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002, 15 e soprattutto 34 del testo provvisorio, dove conclude che la Corte «arroccata com'è sulle proprie posizioni non interventiste, corre il serio pericolo di non avere più alcuna occasione di dialogo con la Corte di giustizia e di rimanere definitivamente ai margini del processo di integrazione europea in atto».

[8] O almeno non, come vedremo con specifico riferimento all'Italia, con un irrigidimento dei classici «controlimiti». Per la genesi e la definizione del termine e della teoria ad esso sottesa, v. – rispettivamente – P. BARILE, *Ancora su diritto comunitario e diritto interno*, in AA.VV., *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea Costituente*, Firenze, 1969, 33 ss. e M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 167 ss.

[9] Cfr. *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, trad. it. e note esplicative di A. ANZON e J. LUTHER, in *Giur. cost.*, 1994, 677 ss.

[10] Così G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale tedesco e i nodi costituzionali del proces-*

che «l'ampliamento dei compiti e delle funzioni delle Comunità europee incontra i limiti derivanti dal principio democratico» [11] perciò «in tanto è ammissibile la creazione di un vero Stato federale in quanto il principio venga effettivamente introdotto in tutta la sua portata nell'ambito delle istituzioni europee» [12].

È da sottolineare che questa sentenza giungeva a fronte dell'ultima importante cessione di sovranità che il processo di integrazione ha conosciuto, costituita dalla decisione di realizzare l'Unione economica e monetaria e l'Unione europea: è quindi evidente come il giudice tedesco rivolgesse il suo pensiero agli sviluppi futuri del processo. Ciò nel solco di una giurisprudenza che, sia pure con significative oscillazioni, ha sempre avuto presente il problema della garanzia dei diritti fondamentali a livello comunitario e quello della legittimazione democratica delle istituzioni europee [13], quest'ultimo problema con maggiore evidenza – anche per ragioni di carattere processuale sulle quali torneremo – di quanto sia accaduto per la Corte costituzionale italiana che, comunque, in passato ha mostrato di avvertire il problema [14].

---

so di unificazione europea, in *Giur. cost.*, 1994, 3119. In questo senso anche G. COCCO, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. dir.*, 2000, 93.

[11] Cfr. punto C.I.2.b2) della Sentenza citata, *Il Trattato di Maastricht e l'ordinamento tedesco*, cit., 691.

[12] G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale tedesco*, cit., 3123, nota 18. Sempre nel commentare la menzionata sentenza F. SORRENTINO, *Ai limiti dell'integrazione europea: primato delle fonti o delle istituzioni comunitarie?*, in *Pol. dir.*, 1994, 200-201 conclude affermando che la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* pone «un'alternativa alla quale lo sviluppo dell'integrazione europea non potrà nel breve tempo sottrarsi», essendo ormai (già allora) l'assetto delle istituzioni comunitarie tale che «l'ulteriore ampliamento delle loro competenze, facendone organismi politicamente sopraordinati agli Stati, colliderebbe con il principio democratico» (…): «conseguentemente è posta un'alternativa tra un'Unione europea incapace di governare il processo del proprio sviluppo e dell'integrazione dei Paesi membri, continuamente sottoposta al rischio d'interventi costituzionali nazionali, e un'Unione fondata sul consenso dei popoli europei che, in virtù di un fatto costituente, sappia recidere una dipendenza dai Governi nazionali, che quarant'anni di integrazione comunitaria hanno finito col rafforzare».

[13] Ci riferiamo in particolare alle sentenze c.d. *Solange I* e *Solange II*, su cui v. F. SORRENTINO, *L'influenz*a, cit., 1642 ss. Un quadro sintetico e recente della giurisprudenza in materia del Tribunale costituzionale federale in A. ANZON, *I Tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Elia*, cit., II, 100 ss.

[14] Cfr. Corte cost., sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in cui – in risposta a specifiche eccezioni – sottolineava come l'operato di Consiglio e Commissione fosse soggetto al controllo dell'allora Assemblea parlamentare «composta di rappresentanti delegati dagli Stati membri, e destinata, nell'auspicabile ulteriore sviluppo del processo di integrazione, ad assumere una più diretta rappresentatività politica e più ampi poteri» (punto 8 delle motivazioni in diritto).

4. Il possibile ruolo della Corte costituzionale italiana nel dibattito sull'avvenire dell'Europa

Rivolgendo l'attenzione al ruolo della nostra Corte costituzionale nel contesto delle procedure di revisione dell'Unione europea avviate a Laeken e, più ampiamente, del dibattito in atto – prevalentemente politico ma che non può essere privo di riferimenti e di supporti giuspubblicistici – sul futuro che l'Europa intende darsi, non è possibile non pensare alla eventualità di un *revirement* della giurisprudenza della Consulta verso soluzioni monistiche [15]. Inizia infatti ad essere ipotizzato il superamento della giurisprudenza che ha sancito, non senza critiche [16], l'opzione della Corte per la tesi dualista, da cui consegue la separatezza degli ordinamenti comunitario e nazionale, a favore dell'adesione alla tesi monista [17]. Una svolta siffatta, che potrebbe costituire uno dei possibili punti di arrivo della giurisprudenza costituzionale (anche se non l'unico) nel caso di un avanzamento del processo di unificazione in una prospettiva di tipo federale [18], pare, però – allo stato attuale dell'integrazione europea – per molti aspetti ancora prematura [19], dipendendo in sostanza dal corso che avrà il processo, vero punto cruciale del problema.

Parrebbe perciò opportuno pensare alla possibilità che la Consulta si inserisca nel dibattito sul processo di unificazione europea assumendo un ruolo non marginale. Alla Corte spetterebbe il compito di indicare – sull'esempio della citata giurisprudenza tedesca – i princìpi e le modalità nel rispetto dei quali è possibile procedere ad ulteriori trasferimenti di sovranità senza provocare soluzioni della continuità dell'ordinamento costituzionale nazionale, vale a dire nel rispetto della Costituzione italiana. È evidente che a detti valori dovrebbe adeguarsi anche l'esercizio delle porzioni di sovranità già allocate a livello europeo, attualmente giunto ai limiti della compatibilità con la Carta fondamentale (ci riferiamo, p. es.,

---

[15] Un quadro sintetico della contrapposizione tra approccio dualistico e monistico al rapporto tra ordinamento interno e ordinamento europeo in M. Cartabia-J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., 129 ss.

[16] Cfr. G. Gemma, *Un'opportuna composizione di un dissidio*, in *Giur. cost.*, 1984, I, 1225.

[17] Cfr., in *http://www.luiss.it/semcost/europa/zagrebelsky/index.html*, il resoconto del seminario su *Corti europee e corti nazionali*, svoltosi presso la LUISS il 12 gennaio 2001 e introdotto da un intervento di G. Zagrebelsky; un riferimento a tale soluzione avanzata in dottrina in F. Salmoni, *op. cit.*, 34.

[18] Sui diversi modelli di allocazione del potere giudiziario negli ordinamenti federali v. F.G. Pizzetti, *op. cit.*, 159 ss.; sulle ipotesi relative al caso europeo 188 ss.

[19] In questo senso ha argomentato esaurientemente F. Salmoni, *op. cit.*, 34, sulla base della considerazione che per abbandonare la soluzione dualista e «giustificare l'incorporazione della sovranità statuale in una sovraordinata sovranità europea» dovrebbe essere garantita, attraverso l'adozione di una Costituzione europea mediante un procedimento sostanzialmente costituente, una maggiore democraticità e rappresentatività delle istituzioni europee.

alle rilevanti competenze in materia economico-monetaria e di regolazione dei mercati).

Oltre all'esigenza di individuare un minimo denominatore comune in materia di diritti, appare, infatti, fondamentale il rispetto delle regole democratiche nei processi decisionali europei [20], tanto ordinari quanto «costituenti» [21].

In questo senso, dunque, il controlimite fondamentale dovrebbe essere individuato in quella che è stata e continua ad essere la fonte costituzionale di legittimazione dell'adesione dell'Italia alla costruzione europea: l'art. 11, in una sua lettura combinata con l'art. 1, comma 2, che sancisce il principio democratico [22]. Si tratta, infatti, di due aspetti della stessa nozione di sovranità che la Costituzione menziona in queste due sole occasioni, riferendola, all'art. 11, al termine «Italia», con il quale intende indicare, come anche con il termine «Repubblica», la totalità dell'assetto istituzionale, comprensivo, quindi, oltre che dello Stato-persona, anche dello Stato-comunità [23].

Da una lettura siffatta si evince che tra i limiti previsti dalla Costituzione all'esercizio della sovranità popolare rientra la sua possibile limitazione prevista dall'art. 11 e, al tempo stesso, che la sovranità, anche in caso di limitazioni del suo

---

[20] Un cenno in questo senso in F. SALMONI, *op. cit.*, 36, quando sostiene l'esigenza di irrobustire la teoria dei controlimiti «affermando, con decisione, la necessità del rispetto delle regole democratiche da parte delle istituzioni dell'Unione europea».

[21] Ciò vale sia nel caso in cui ci si riferisca all'ipotesi della convocazione di un'assemblea costituente direttamente eletta, che in quello di un organo di 2° grado, comunque con il pieno coinvolgimento degli organi rappresentativi dei popoli. Un riferimento alla dottrina relativa in F. SALMONI, *op. cit.*, 34; nonché per lo studio, risalente nel tempo, di un Autore ormai classico ma quanto mai attuale P. CALAMANDREI, *La convocazione dell'Assemblea costituente europea* (1948), ora in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, I, 2, Firenze, 1966, 440 ss.

[22] In senso contrario pare R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, Milano, 1998, I, t. 1, 675, il quale critica la tesi con la quale la Corte costituzionale ha legittimato, in base all'art. 11, l'adesione italiana alla CEE considerandola «stravagante dal momento che l'art. 11 Cost. palesemente si riferisce alla sovranità *nazionale* – ossia alla sovranità dello Stato nell'ordinamento internazionale – e non certo alla sovranità *popolare* nell'ambito dell'ordinamento interno, di cui all'art. 1, comma 1, Cost.» (corsivi dell'A.). Non è questo il luogo per approfondire tale questione. Pare però di poter rilevare che pur se è vero che i due termini si riferiscono a contesti differenti, non si può, al tempo stesso, negare che essi siano collegati: tant'è che se tra gli Stati sovrani vi è, nell'ambito della comunità internazionale, una posizione di formale pari ordinazione (sovranità nazionale) ciò non toglie che l'esercizio di detta sovranità da parte del singolo Stato debba tenere conto della titolarità della sovranità determinata dall'ordinamento interno, nel nostro caso della sovranità popolare, conferma della caratteristica democratica del nostro ordinamento, e si tratti, dunque, di due aspetti inscindibilmente legati dello stesso concetto (un quadro complessivo dei termini della questione in R. MORETTI, voce *Sovranità popolare*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993, 1 ss.).

[23] Per questo significato del termine «Italia», utilizzato nell'art. 1 Cost., cfr. C. MORTATI, *Commento all'art. 1*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, I, Bologna-Roma, 1975, 2-3.

esercizio in sede nazionale a favore di un ambito sovranazionale, deve continuare ad appartenere al popolo, vale a dire ad essere esercitata nel rispetto del principio democratico [24], principio che le modalità attuali di funzionamento dell'U.E. non rispettano sufficientemente [25].

È, inoltre, evidente che, nell'ottica di rispetto della continuità dell'ordinamento costituzionale qui prospettata, la Corte dovrebbe fare riferimento al principio democratico classicamente inteso e, comunque, a quello proprio del nostro ordinamento costituzionale. Senza che resti molto spazio – dunque – per domandarsi se «lo stesso concetto di democrazia non vada adattato per essere applicato a queste nuove forme di organizzazione giuridica» derivanti dal fenomeno dell'integrazione europea [26].

Pertanto, per l'Italia, il limite costituzionale ineludibile alla possibilità di mettere in comune tra più Stati, in condizioni di parità, porzioni della sua sovranità è rappresentato dall'esercizio in forme democratiche della sovranità comune: democrazia e sovranità costituiscono un nesso inscindibile. In linea di massima, addirittura, ogni trasferimento di sovranità dovrebbe essere contestuale alla realizzazione di meccanismi istituzionali in grado di garantirne l'esercizio democratico, con un rapporto di diretta proporzionalità tra poteri sovrani messi in comune e organizzazione democratica delle istituzioni chiamate ad esercitarli.

Questo controlimite, che investe nel suo complesso il sistema istituzionale europeo, rappresenta perciò il cuore dei princìpi fondamentali che sono dettati dal-

---

[24] «La dichiarazione di appartenenza della sovranità al popolo non è che la conseguenza della forma democratica dello stato» afferma C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, a cura di F. MODUGNO-A. BALDASSARRE-C. MEZZANOTTE, I, Padova, 1991, 153.

[25] Al tema del *deficit* democratico dell'U.E. sono state dedicate ampie pagine di letteratura. Per un inquadramento generale della questione v. M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, cit., 45 ss. Particolarmente interessante ci pare il quadro delineato da P. RIDOLA, *Il principio democratico fra stati nazionali e Unione europea*, in *Nomos*, 2/3, 2000, 75 ss. In argomento v. altresì i recenti contributi di G. MOSCHELLA, *Principi di rappresentanza politica e diritto di voto nell'ordinamento comunitario*, in AA.VV., *Costituzione italiana e diritto comunitario*, a cura di S. GAMBINO, Milano, 2002, in part. 222 ss. e R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra* deficit *democratico ed equilibrio interistituzionale*, *ivi*, 433 ss.

[26] In questo senso, invece, E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri e Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2, 2000, in part. 247 ss. Va specificato, al riguardo, che è inevitabile che una democrazia sopranazionale comporti delle peculiarità rispetto a quanto previsto negli Stati nazionali, come l'esperienza degli Stati federali nati da un processo federativo tra Stati dimostra. Ciò non toglie, però, che il parametro di fondo di riferimento che dovrà essere utilizzato quale «controlimite» debba comunque essere rappresentato dalla nozione di democrazia che è fatta propria, tra le altre, dalla nostra Costituzione, nozione che, peraltro, si inserisce nell'ambito del concetto che accomuna tutte le liberaldemocrazie moderne, tanto quelle ad ordinamento unitario quanto quelle ad ordinamento federale. Sulle varie ipotesi di realizzazione del principio democratico in seno all'U.E. v. P. RIDOLA, *op. cit.*, 81 ss.

la nostra Costituzione in materia di partecipazione dell'Italia a costruzioni sovranazionali. Esso precede, pertanto, tutti gli altri e si rivolge alle procedure di adesione dell'Italia a soggetti sovranazionali cui siano conferiti poteri sovrani, tanto che si tratti di leggi di autorizzazione alla ratifica che di eventuali procedimenti speciali, come quelli di tipo referendario che potrebbero essere proposti dalla Convenzione varata a Laeken.

Anche se, ormai, buona parte della dottrina tende ad indicare la necessità di un intervento del legislatore costituzionale per dare copertura ad ulteriori progressi dell'unificazione europea, talvolta escludendo comunque la costituzionalità di uno sbocco federale [27], l'art. 11 Cost. a noi pare, invece, mantenere intatta la capacità di condurre l'Italia in una federazione europea [28]. Ad ogni modo, tanto che si ritenga sufficiente procedere all'adesione a futuri sviluppi dell'integrazione europea con legge ordinaria, come accaduto fino ad ora, quanto se si ritenga necessario un intervento di rango costituzionale, la questione qui posta resta impregiudicata. Il controlimite invocato, rappresenta, infatti, un profilo rilevante di un principio fondamentale della Costituzione. Dunque, lo stesso ricorso alla normazione costituzionale non potrebbe contraddirlo ma, piuttosto, dovrebbe esplicitarlo, applicandolo alla realtà odierna.

Il problema della democraticità delle istituzioni europee, la cui percezione era presente – abbiamo visto – fin dagli esordi della giurisprudenza costituzionale sull'unificazione europea, è divenuto ormai non più procrastinabile, a seguito dell'enorme crescita che il processo ha avuto negli ultimi quarant'anni (a tanto risalgono ormai le prime pronunce della Consulta), culminando nell'ampliamento dei settori di intervento dell'U.E., nella realizzazione del mercato unico e dell'unione economico-monetaria, e in ragione delle prospettive di sviluppo che derivano dall'esigenza sempre più forte della realizzazione di un governo europeo dell'economia e della politica estera e di sicurezza. Ciò che, in attuazione della Costituzione, quarant'anni or sono si poteva auspicare oggi lo si deve esigere. Tanto più che un monito della Consulta contenente un vero e proprio elenco delle condizioni che deve rispettare la realizzazione dell'unità europea, sarebbe giustificato

---

[27] Tra i tanti, v. A. La Pergola, *Quale* Europa-Artikel *per l'Italia*, in AA.VV., *Scritti in onore di G. Federico Mancini*, II, Milano, 1998, 537 ss.; S. Bartole, *La nazione italiana e il patrimonio costituzionale europeo. Appunti per una riflessione*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 23; M. Luciani, *La Costituzione italiana e gli ostacoli all'integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 1992, 589.

[28] Non rientra nell'economia di questo scritto dibattere tale questione, sul punto rinviamo alle ampie considerazioni, a cui in gran parte aderiamo, di G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale in materia comunitaria (1964-1976) e superamento della sovranità nazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1977, 1185 ss., in partic. 1217. Ritiene la Costituzione vigente compatibile con un'evoluzione federale dell'unificazione europea anche V. Onida, voce *Costituzione italiana*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, 334. Per la nostra opinione sul punto ci sia consentito rinviare a S. Aloisio, *Costituzione italiana e unificazione costituzionale europea*, in AA.VV., *Il processo costituente in Europa. Dalla moneta unica alla cittadinanza europea*, a cura di M. Mascia-A. Papisca, Bari, 2000, 164 ss.

non solo dal richiamo al rispetto del limite fondamentale dell'esercizio in forme democratiche della sovranità messa in comune dagli Stati europei, ma anche, in un senso propriamente propulsivo, dall'esigenza di sollecitare l'attuazione della direttiva costituzionale federalistica [29] nel cui ambito il limite menzionato si iscrive.

Assumendo una ferma posizione nel senso indicato, la Corte costituzionale, oltre a giungere alla chiusura del cammino comunitario dei «controlimiti», preludio di un eventuale superamento della teoria dualista, entrerebbe col peso del suo alto magistero ed in modo attivo nel dibattito in atto sul futuro dell'Europa, fornendo quelle direttrici giuridiche alla prosecuzione del processo di unificazione che la Corte di giustizia, come abbiamo accennato [30], non riesce più a dare.

5. Sulla possibilità di adire la Consulta in merito al controlimite del principio democratico

Un cenno, infine, deve essere dedicato alla verifica dell'esistenza o meno della concreta possibilità che la Corte costituzionale abbia occasione di intervenire in merito al processo di unificazione europea, verificandone il rispetto del principio democratico.

Va detto innanzi tutto che l'assenza nel nostro modello di giustizia costituzionale di strumenti di accesso diretto alla Consulta analoghi al ricorso diretto dei singoli [31] o da parte di minoranze parlamentari [32] non facilita la posizione di questioni strettamente legate alla tutela di princìpi non sempre immediatamente riconducibili ad un contenzioso giurisdizionale, come in questo caso [33].

Nonostante la difficoltà accennata, non pare possa escludersi che gli sviluppi recenti dell'unificazione europea e, ancor più, quelli ragionevolmente prospettabili in un vicino futuro, possano condurre alla proposizione di questioni di legit-

---

[29] In proposito, cfr. G. Gemma, *Giurisprudenza costituzionale*, cit., 1193 ss., il quale dimostra che il «federalismo costituisce anche una direttiva costituzionale» determinata dalla individuazione, da parte della Costituzione, dello Stato nazionale come un disvalore e dalla finalità di superare la sovranità nazionale a favore di uno stato federale sovranazionale.

[30] V. *supra* § 2.

[31] In argomento, tra gli altri, v. S. Panizza, *Il ricorso diretto dei singoli*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. Anzon-P. Caretti-S. Grassi, Torino, 2000, 81 ss.; A. Anzon, *Il ricorso individuale di costituzionalità in Germania federale, Austria e Spagna*, in *Pol. dir.*, 1989, 329 ss.

[32] In merito, da ultima, v. F. Bientinesi, *Il ricorso delle minoranze parlamentari al giudice costituzionale*, Padova, 2001.

[33] Ricordiamo, in proposito, che sono state originate da ricorsi individuali importanti pronunzie in argomento del Tribunale costituzionale federale tedesco, come quelle denominate «Maastricht» ed «Euro».

timità costituzionale inerenti alla compatibilità del quadro istituzionale e decisionale europeo con il principio democratico, come sopra descritto in connessione alla disposizione fondante le cessioni di sovranità a soggetti sovranazionali. Questioni siffatte si rinvengono, infatti, soprattutto nella prima fase della giurisprudenza costituzionale sul processo comunitario, quindi ad uno stadio dell'evoluzione dell'unione iniziale rispetto al livello già adesso raggiunto ed a quello a cui si potrebbe arrivare, e dunque in un contesto il cui mutamento potrebbe giustificare, a *fortiori*, una diversa valutazione del Giudice costituzionale. Si tratta di questioni che vedono impugnata la legge di autorizzazione alla ratifica e d'esecuzione di un trattato comunitario con la motivazione che alcune norme contenute nel trattato stesso sono incompatibili con la Costituzione [34].

Ci riferiamo a sentenze molto note:

– la 27 dicembre 1965, n. 98 che vedeva l'impugnazione, tramite la legge d'esecuzione, di alcuni articoli del Trattato CECA rispetto agli artt. 102 e 113 Cost. [35];

– la 27 dicembre 1973, n. 183 nella quale veniva contestata, mediante l'impugnazione della legge di esecuzione, la norma del Trattato CEE che disciplina i regolamenti, adducendo come motivazione la mancanza nei loro confronti delle guarentigie stabilite dalla Costituzione per le leggi ordinarie dello Stato. In quest'occasione la Corte delinea la possibilità di sindacare la compatibilità del Trattato con i princìpi fondamentali, dopo essersi posta, sia pur rapidamente, il problema del controllo democratico degli organi comunitari, auspicando, già nel contesto di allora, una più diretta rappresentatività politica e più ampi poteri in capo all'organo parlamentare europeo [36].

---

[34] Da alcuni di questi giudizi sorge la teoria dei controlimiti consistenti nei princìpi fondamentali e nei diritti inviolabili, a proposito del dibattito sull'esatta delimitazione dei quali v., per tutti, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, 95 ss.

[35] Come è noto la Corte giunse in quell'occasione alla dichiarazione di infondatezza ritenendo che le giurisdizioni comunitarie non violino i princìpi invocati. Già allora comunque la dottrina sottolineava l'esigenza che «debba esistere un'analogia strutturale fra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento costituzionale degli stati membri, appunto perché dalla struttura dell'organizzazione comunitaria – e in particolare dalla sua rispondenza al principio democratico e al principio della divisione dei poteri – deriva la garanzia, nell'ambito del suo ordinamento, dei diritti di coloro che vi sono soggetti»: così M. MAZZIOTTI, *Osservazione alla sent. n. 98 del 27 dicembre 1965*, in *Giur. cost.*, 1965, 1342. Si tratta di valutazioni che ritroviamo anche successivamente nella migliore dottrina: P. BARILE, *Un impatto tra il diritto comunitario e la Costituzione italiana*, in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Il primato del diritto comunitario e i giudici italiani*, Milano, 1978, 73-74, afferma che «l'unico modo perché le Comunità europee assumano uno spessore di credibilità e di partecipazione è l'estensione ad esse dei princìpi che finora (sia pure per motivi contingenti) vi hanno fatto difetto» concludendo che «senza che si giunga ad un rapporto federativo i conflitti tra diritto comunitario e costituzioni degli Stati membri non potranno mai essere risolti».

[36] Punto 8 delle motivazioni in diritto, già ricordato *supra* nella nota 14.

Non si può, allora, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, scartare l'ipotesi che questioni analoghe, laddove si riuscisse a dimostrare il requisito della rilevanza, possano giungere all'esame della Corte italiana. E questo, si noti, in un contesto che ha visto evolvere il processo di integrazione più nell'ampliamento delle competenze allocate a livello europeo che nello sviluppo in senso democratico del quadro istituzionale.

Fino alla sent. 21 aprile 1989, n. 232, caso rimasto sostanzialmente isolato e peraltro concluso da una dichiarazione di irrilevanza, la Corte ha svolto le sue considerazioni sui «controlimiti» in forma di *obiter dicta*[37], ed anche in quest'occasione non giunge alle estreme conseguenze derivanti dall'affermazione dei princìpi, ma mostra finalità «trasversali» dirette alla formulazione di suggerimenti autorevoli agli organi comunitari, analogamente a quanto accade con le sentenze monito che la Corte rivolge al legislatore[38].

È a qualcosa di simile che si può pensare in relazione a quello che ho chiamato il «controlimite fondamentale», parendo da escludere un intervento immediatamente caducatorio della Corte. È auspicabile, piuttosto, un monito, anche nella forma dell'*obiter dictum*, al riformatore europeo con il quale gli si indichino (un po' come parve fare la Consulta nei confronti del riformatore italiano con la sent. 29 dicembre 1988, n. 1146[39]) i margini dentro i quali la Costituzione italiana può ammettere, se non auspicare, ulteriori progressi di rango costituzionale dell'unificazione europea.

---

[37] M. Cartabia-J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, cit., 171 ss.

[38] M. Cartabia, *Nuovi sviluppi nelle «competenze comunitarie» della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1022-1023.

[39] Cfr. S. Bartole, *La Corte pensa alle riforme costituzionali?*, in *Giur. cost.*, 1988, 5570.

PRIME IMPRESSIONI SULL'IMPATTO DELLA COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL «VINCOLO COMUNITARIO» SULLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

GIOVANNI D'ALESSANDRO

1. La revisione del Titolo V della II Parte della Costituzione pone il problema interpretativo, sinora abbastanza sottovalutato dalla dottrina, della costituzionalizzazione del *vincolo comunitario* e delle conseguenze che da tale esplicita soggezione potrebbero derivare sulla giurisprudenza costituzionale riguardante il rapporto fra ordinamenti interno e comunitario.

Il nuovo art. 117 (come sostituito dall'art. 3 della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) prevede al primo comma che «la *potestà legislativa* è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» (corsivo nostro).

I primi commentatori della disposizione hanno anzitutto messo in evidenza il particolare ruolo che essa riveste nella piena parificazione – in via di principio - della potestà legislativa statale e regionale rispetto ai limiti ora contemplati, a ulteriore conferma della equiparazione della complessiva posizione di Stato e Regioni nel *nuovo* sistema repubblicano a vocazione *federalista* (desumibile peraltro dagli artt. 114, comma 1, e 127 Cost.).

Molta inquietudine, d'altra parte, ha suscitato negli interpreti la definizione delle competenze delle Regioni in materia di rapporti internazionali, nel tentativo di evitare letture *eversive* (in particolar modo per il sistema delle fonti) e *non coerenti* (all'interno di una logica sistematica desumibile dal complessivo testo costituzionale).

La questione interpretativa posta dall'art. 117 nella parte relativa all'ordinamento comunitario, viceversa, è stata notevolmente ridimensionata, ritenendo la previsione «assolutamente pacifica» o addirittura «inutile» (v., per tutti, R. ROMBOLI, 186).

Non ci sembra tuttavia di poter concordare con simili opinioni ed è su questo che vorremmo concentrare l'attenzione in questo intervento, cercando di prospettare alcuni spunti problematici e alcuni tentativi (quanto meno interlocutori) di soluzione nella determinazione della valenza significativa, della carica innovatrice e della funzione della disposizione costituzionale, con particolare ri-

guardo all'influenza che tutto ciò potrebbe avere sulla giurisprudenza costituzionale.

2. Già ad una prima sommaria interpretazione letterale del primo comma dell'art. 117 vengono in evidenza alcune questioni. Si dice infatti, come accennato, che l'esercizio della potestà legislativa di Stato e Regioni deve svolgersi «nel *rispetto* della Costituzione, *nonché* dei *vincoli* derivanti dall'*ordinamento* comunitario e dagli *obblighi* internazionali» (corsivi nostri).

Ci pare si tratti tipicamente di una norma *anche* sulla normazione oltre che di una norma sul rapporto fra ordinamenti, stabilendo *limiti generali* all'esercizio della funzione normativa primaria statale e regionale, funzione che nel prosieguo dell'art. 117 si alloca alla stregua di uno Stato federale (cfr., su posizioni diverse, C. PINELLI, 2001, 195, e 2002, s.p., oltre che M. LUCIANI, le cui impostazioni non ci appaiono incompatibili). Ma ciò, come si cercherà di mostrare, non consente di affermare che una tale lettura porti inevitabilmente a ridisegnare i rapporti fra le rispettive fonti dei diversi ordinamenti.

Non occorre di certo soffermarsi sullo scontato rilievo che la virgola e il «nonché» tra il limite derivante dalla Costituzione e i limiti derivanti dagli altri «vincoli» non possono che palesare la necessaria (diretta o indiretta) *derivabilità* di ogni condizionamento della funzione legislativa (e di ogni altra funzione o attività) dalla norma costituzionale, norma fondamentale (e *fondante*) dell'ordinamento di riferimento.

Maggiore attenzione merita invece la determinazione del valore semantico delle unità sintagmatiche «rispetto dei vincoli», «ordinamento comunitario» e «obblighi internazionali».

Procedendo a ritroso, per motivi contingenti di linearità del discorso *in itinere*, appare tangibile una prima diversità di attenzione del legislatore costituzionale verso i limiti indotti da singoli e puntuali «obblighi internazionali» e quelli indotti dal complessivo «ordinamento comunitario». E tale distinguo, crediamo non possa avere soltanto un'importanza meramente formale o quantitativa, risaltando invece come differenziazione di carattere contenutistico e sostantiva.

Si deve ricordare, a tal proposito, che la dottrina internazionalistica (italiana e straniera), discernendo tra fonti (e norme) del diritto comunitario «convenzionale» (*id est*, i Trattati istitutivi e modificativi con le rispettive norme) e fonti (e norme) del diritto comunitario «derivato» (*id est*, le fonti previste dai Trattati con le rispettive norme), riconduce in qualche modo le regole dell'ordinamento comunitario, pur nelle evidenti novità e peculiarità dello stesso, alle regole proprie del diritto internazionale (v., ad es., B. DE WITTE, spec. 208 ss.; G. TESAURO, spec. 69 ss. e 168 ss. e D. WYATT-A. DASHWOOD, spec. 60 ss.). In tale contesto, sembra che la Costituzione non abbia inteso considerare puramente e semplicemente il vincolo comunitario alla stregua di qualsiasi altro vincolo internazionale. Ciò implica (e conferma) la sanzione della generale soggezione della potestà legislativa statale e regionale all'«ordinamento comunitario» quale limite *sostanzialmente* ca-

ratteristico. E, ancor più, palesa l'intendimento di costituzionalizzare l'intero *acquis communautaire*, l'integrale impianto normativo del sistema comunitario, attraverso l'accettazione dei suoi capisaldi: l'effetto diretto e la prevalenza del diritto comunitario, da un lato; l'effetto utile delle norme comunitarie e l'interpretazione conforme, dall'altro (v. F. SORRENTINO 2002, 7 del *paper*).

Preminente rilevanza ha tuttavia, nell'esegesi della disposizione dell'art. 117, la precisazione del concetto di «vincolo». Il previsto «rispetto» di vincoli sembra denotare infatti la necessaria pre-esistenza del vincolo stesso e ciò, in particolare, pare già offrire il viatico per descrivere il rapporto (per quel che propriamente ci riguarda in questo intervento, tralasciando ogni considerazione relativa agli obblighi internazionali) tra gli artt. 11 e 117 Cost., con tutti i conseguenti riflessi che tale rapporto potrà avere sulla parametrazione del sindacato di costituzionalità.

3. Nella giurisprudenza della Consulta, com'è noto, sin dalla sent. 24 febbraio 1964, n. 14 (in *Giur. cost.*, 1964, I, 129 ss., spec. § 6 del *Cons. dir.*) e, in maniera più ampia, dalla sent. 27 dicembre 1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, I, 2401 ss., spec. §§ 4-6 del *Cons. dir.*), l'art. 11 è stato considerato come norma «permissiva» (che, a determinate condizioni, consente limitazioni di sovranità) e «sicuro fondamento» della legittimità della legge di attuazione del Trattato di Roma del 1957 (l. 14 ottobre 1957, n. 1203), costituendo negli anni (pur nella diversità delle conseguenze che di volta in volta, nelle varie fasi della sua giurisprudenza, la Corte ne ha ricavato) la *base legale* su cui sostenere l'intero sistema normativo comunitario (v., per una completa ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in argomento, F. GABRIELE-A. CELOTTO, 131 ss.).

La dottrina non ha mancato di rilevare come la Consulta abbia poi definitivamente attribuito all'art. 11, con la sent. 8 giugno 1984, n. 170 (in *Giur. cost.*, 1984, I, 1098 ss., spec. §§ 3-7 del *Cons. dir.*), una *duplicità* di funzioni: la prima, di carattere sostanzialmente *negativo*, di *fondazione* della supremazia dell'ordinamento comunitario, attraverso il consenso alle limitazioni della sovranità e alla ritrazione del sistema giuridico statale, con la conseguente sostituzione delle competenze comunitarie a quelle nazionali; la seconda, di tipo eminentemente *positivo*, di *riconoscimento* e di *garanzia* del rispetto del diritto comunitario in tutto il territorio italiano (v. P. MENGOZZI, 1999, 525).

Poste tali premesse ci chiediamo: alla luce del nuovo primo comma dell'art. 117 resta proprio tutto immutato? O viene in qualche misura scardinata l'influenza che l'art. 11 ha avuto nella giurisprudenza costituzionale sul rapporto fra i due ordinamenti?

Probabilmente la risposta più corretta a tali quesiti sta proprio nel mezzo dei due eccessi. L'art. 117, lungi dal non aver alcuna carica innovatrice e dall'essere mera disposizione ricognitiva dello *status quo ante* delineato a livello *giurisprudenziale*, ci appare momento centrale nella strutturazione *normativa* del rapporto fra i due ordinamenti.

Anzitutto il nuovo art. 117 riveste l'importante posizione di indubitabile *conferma* della piena e consapevole adesione dello Stato italiano al processo d'integrazione europea, processo ben diverso da quello che si veniva delineando nel momento della sua nascita (progredito nel tempo secondo la concezione dell'Europa funzionale sostenuta da Robert Schuman) e inaugurato nondimeno con semplice legge ordinaria, dando adito a dubbi di costituzionalità mai sopiti, soprattutto relativamente all'efficacia para-costituzionale delle norme comunitarie (v., con particolare forza argomentativa, R. GUASTINI, 105 ss.). E ancor di più, tale disposizione riveste un indubbio valore di *rafforzamento specifico* dell'adesione italiana a tale processo: attraverso la costituzionalizzazione del vincolo comunitario lo Stato italiano ha avvalorato la *irretrattabilità* della scelta europeistica, ora reversibile soltanto con ulteriore legge di revisione costituzionale. Il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario è divenuto parte integrante della tavola dei *valori normativi* affermati dalla Costituzione italiana.

D'altro canto, proprio in relazione all'art. 11 Cost., l'art. 117 pare assumere una fondamentale funzione *complementare* ed *integrativa*.

Nella lettura ora suggerita, l'art. 11 resta il *fondamento* e la *base legale* dell'efficacia caratteristica dell'ordinamento comunitario, mantenendo la sua primigenia funzione *negativa* di «permettere» la limitazione di poteri sovrani statali (così come la giurisprudenza costituzionale ha opinato sin dal 1964). L'art. 117, corrispondentemente, acquista una considerevole finalità *positiva* di completamento, precisazione ed integrazione delle conseguenze normative dell'art. 11; diventa norma di *riconoscimento* e di *garanzia* delle caratteristiche del diritto comunitario, attestando a livello costituzionale l'effetto diretto (e indiretto) delle norme comunitarie e il primato del diritto comunitario su quello nazionale (v. F. SORRENTINO, 2002, 8 del *paper*, la cui impostazione si accoglie e sviluppa).

In sintesi: il nuovo art. 117 Cost. non intaccherebbe l'importanza cardinale che l'art. 11 ha come base di legittimità dell'efficacia delle norme comunitarie, pur guadagnando un ruolo centrale di conferma della perdurante efficacia delle stesse. L'art. 11 rimane *causa prima* del vincolo comunitario; l'art. 117 diventa *garanzia specifica* del rispetto del vincolo stesso. Corollario di quanto sostenuto è che l'art. 117 non può certamente essere, in nessun caso, presupposto di ulteriori limitazioni di sovranità, snaturando il suo compito soltanto confermativo e rafforzativo di un vincolo precostituito (o precostituibile esclusivamente) attraverso la mediazione dell'art. 11.

Di tal guisa, gli artt. 11 e 117 dovrebbero integrarsi vicendevolmente nel giudizio di costituzionalità, ciascuno con la propria funzione peculiare di *presupposto* e di *conferma* dell'efficacia del diritto comunitario nel nostro ordinamento: una sorta di efficacia costitutiva la prima; di efficacia dichiarativa la seconda.

4. Importa ora delineare le *proprietà* del vincolo comunitario, come *limite* costituzionale all'esercizio della funzione legislativa statale e regionale, vagliando il problema delle conseguenze che la costituzionalizzazione del vincolo potrà avere

soprattutto sul sindacato di legittimità previsto dall'art. 134 della Costituzione.

Si pongono a tal proposito notevoli interrogativi. *In primis*, la costituzionalizzazione del vincolo comunitario potrebbe mai divenire *causa efficiente* di un'inevitabile dichiarazione d'illegittimità della norma interna affetta da incompatibilità comunitaria, trasformando quest'ultima in vizio di costituzionalità e assorbendone del tutto l'ambito di operatività? Possono ancora coesistere nel nostro sistema l'effetto di disapplicazione e la dichiarazione d'illegittimità costituzionale?

Tali questioni rappresentano invero altrettanti aspetti dell'incerta ed equivoca efficacia del nuovo art. 117, comma 1, *in parte qua*.

Sembra abbastanza chiaro che la nuova previsione riguardi la funzione legislativa di Stato e Regioni, operando come norma sulla produzione normativa, di cui ne condiziona l'esercizio. Ciò dovrebbe condurre al *naturale* risultato di rendere l'atto normativo non conforme col vincolo comunitario costituzionalizzato *comunque* illegittimo e, di conseguenza, *generalmente* invalidabile dalla Corte costituzionale per *diretta* violazione della norma costituzionale, e non più *soltanto*, come talvolta è stato sostenuto in dottrina e praticato dalla stessa Consulta, per *indiretta* violazione dell'art. 11 (si vedano, a tal proposito, le sentt. 30 ottobre 1975, n. 232, in *Giur. cost.*, 1975, I, 2211 ss.; 28 luglio 1976, n. 205, in *Giur. cost.*, 1976, I, 1291 ss.; 29 dicembre 1977, n. 163, in *Giur. cost.*, 1977, I, 1524 ss. e, in genere, le decisioni della c.d. «seconda fase» della giurisprudenza della Corte, fino alla n. 170 del 1984, cit.).

A ben vedere però una tale conclusione, seppur *ipso facto* evidente, risulterebbe poco accorta, affetta da un vero e proprio vizio di paralogismo.

Anzitutto, da un primo punto di vista meramente esegetico, evidenti argomenti interpretativi consigliano di non accogliere una simile lettura che renderebbe la norma dell'art. 117 *auto-contraddittoria*.

Per determinare l'esatto significato normativo della disposizione in questione, infatti, sembra sia sufficiente ricorrere congiuntamente a due tipici argomenti dell'ermeneutica giuridica: l'argomento *teleologico* (o ipotesi del legislatore provvisto di fini) e l'argomento *apagogico* (o ipotesi del legislatore ragionevole). In base al primo, com'è noto, ad una disposizione bisognerebbe attribuire il significato corrispondente al suo fine proprio; in base al secondo, invece, si dovrebbe corrispondentemente escludere ogni interpretazione di un enunciato normativo che possa dar luogo ad una norma irragionevole o incoerente col suo scopo precipuo (v. G. TARELLO, spec. 369-371 e, sull'argomentazione «conseguenzialista», L. MENGONI, spec. 91 ss. V., poi, più in generale, sulla necessità per l'interprete di elevarsi dalla ricognizione della norma all'adeguazione e all'adattamento dell'intendere in base ai fini, E. BETTI, 816 ss.; sugli scopi e gli effetti di ogni tipo d'argomentazione, C. PERELMAN-L. OLBRECHTS-TYTECA, spec. 48 ss. e, infine, sui limiti di qualunque ricerca semantica, T. DE MAURO, *passim*, e U. ECO, *passim*).

Applicando questi strumenti interpretativi all'art. 117, ci pare si possa evitare di giungere a un significato normativo paradossale, quale quello *prima facie* ricavabile. Dopo averne messo in evidenza la funzione di *riconoscimento*, *garanzia* e

conferma dell'*acquis communautaire* (costituito primariamente dalla prevalenza del diritto comunitario e dalla efficacia diretta delle sue norme), non può in verità considerarsi congrua un'interpretazione che ponga l'utilizzo generalizzato del sindacato di costituzionalità come *mezzo* idoneo a raggiungere il *fine* prospettato. In tal caso infatti si provvederebbe con un meccanismo (di diritto interno) *indiretto* e *mediato* per garantire l'effetto *diretto* e la prevalenza *immediata* del diritto comunitario: una sorta di diaframma, insomma, nei confronti dell'*effettiva* operatività del rimedio *caratteristico* ed *uniforme* (in tutti gli Stati della Comunità) dell'*istantanea inapplicabilità* delle norme anticomunitarie. Risultato, dunque, del tutto da escludere per non incorrere in contraddizione insanabile tra mezzo predisposto e fine previsto.

L'art. 117, in tale cornice, pur ponendo in essere una norma propriamente sulla normazione non può non acquisire una *preminente* funzione di *norma di giudizio* nei riguardi della Corte costituzionale, impedendole di effettuare interpretazioni del vincolo comunitario contraddittorie con la *mens legis*, e violative esse stesse del vincolo che s'intende tutelare. Il che potrebbe accadere soltanto attraverso un'interpretazione *non conforme* allo stesso vincolo comunitario, trasgredendo assieme la Costituzione italiana, che ora lo prevede espressamente, e le norme comunitarie sull'efficacia automatica del diritto dell'Unione (v., sulla nozione di norma di giudizio, H.L.A. HART, 115-7).

D'altra parte, sul piano concreto, un diverso risultato ermeneutico metterebbe in discussione d'un colpo l'evoluzione della stessa giurisprudenza costituzionale (dal 1984 ad oggi) che, pur partendo da premesse differenti (pluralismo *vs.* monismo), ha accolto le determinazioni cui la Corte di Giustizia è giunta sin dalla sent. *Simmenthal* (9 marzo 1978, causa 106/77, in *Racc.*, 1978, 629 ss.), nella quale si censurava proprio la (precedente) pratica italiana di dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma nazionale anticomunitaria (in base all'art. 11) per assicurare la prevalenza del diritto comunitario.

Al contrario, invece, il nuovo art. 117, lungi dall'avere una simile valenza significativa, pare riaffermare e dare copertura costituzionale proprio all'intera giurisprudenza della Consulta relativa alle modalità di prevalenza del diritto comunitario nel nostro ordinamento: generale e diretta *inapplicabilità* delle norme anticomunitarie e sussidiario e residuale intervento della Corte nelle ipotesi in cui occorre soddisfare «la fondamentale esigenza di *certezza* giuridica ... che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi» (corsivo nostro) delle norme comunitarie aventi effetto diretto in tutta l'area della Comunità (v. sent. n. 170 del 1984, cit., § 6).

Di tal guisa, viene fortificata (e quasi codificata) quella giurisprudenza dei *casi particolari*, in precedenza considerata a tratti incoerente col figurino generale ed ordinario dell'inapplicabilità della norma nazionale antinomica (si pensi alle ipotesi di sindacato in via principale; ovvero all'ipotesi della norma interna che viola norme comunitarie non direttamente applicabili; ovvero ancora all'ipotesi di norma nazionale che impedisca o pregiudichi la perdurante osservanza dei Trattati, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei loro princìpi; ovvero in-

fine all'ipotesi del sindacato sulla legge d'attuazione dei Trattati nel caso di mancato rispetto di valori o princìpi fondamentali del nostro ordinamento da parte di una norma comunitaria). Viene irrobustita proprio dalla costituzionalizzazione del vincolo comunitario che, rettamente interpretato, consolida in maniera definitiva l'orientamento generale della Corte di ritenere l'inapplicabilità della norma anticomunitaria strumento *ordinario* e *uniforme* di prevalenza del diritto europeo e la dichiarazione d'incostituzionalità strumento utilizzabile soltanto in casi residuali e straordinari per assicurare, nel miglior modo possibile, la piena *effettività* dell'ordinamento comunitario.

Resterebbero dunque del tutto inalterate nel nostro ordinamento le conseguenze dell'incompatibilità comunitaria, seppur muti sensibilmente il percorso argomentativo dell'interprete. Tale incompatibilità continuerà *a fortiori* a risolversi con i meccanismi che *tipicamente* regolano la prevalenza dell'ordinamento comunitario (effetto diretto, effetto utile e interpretazione conforme). Il significato dell'art. 117 è infatti opposto a quello che d'impatto sembrerebbe avere, ponendosi come rinsaldato argine all'indiscriminato controllo di costituzionalità per eliminare norme nazionali anticomunitarie, seppur illegittime e dunque *naturalmente* invalidabili, fino ad assumere le sembianze di norma derogatoria (in *necessario* combinato disposto con l'art. 11, *sola* norma che autorizzi la «limitazione» delle funzioni sovrane) dell'art. 134 Cost. Una deroga ai princìpi insomma, per quanto sostenuto, *propter aliquam utilitatem*.

A nostro avviso, quindi, la costituzionalizzazione del vincolo comunitario, senza ridisegnare in alcun modo i rapporti tra le fonti dei diversi ordinamenti, sanziona *definitivamente* il c.d. obbligo di disapplicazione (*duty to disapply*) come conseguenza *normale* dell'incompatibilità di diritto comunitario, conseguenza *caratteristica* derivante dagli artt. 249 (*ex* art. 189) e 10 (*ex* art. 5) del Trattato CE. Lo strumento dell'invalidità costituzionale potrà soltanto aggiungersi, per assicurare maggiore certezza del diritto.

Tutto ciò esalta la *maggior gravità* dell'incompatibilità comunitaria rispetto al vizio d'incostituzionalità, particolare forma d'antinomia risolta con lo strumento più efficiente dell'inapplicabilità (inefficacia radicale o inoperatività immediata e diretta) della norma nazionale, che non consente alcuna efficacia *medio tempore* della norma incompatibile (v., sul concetto generale di antinomia e sulle tecniche «tradizionali» per risolverle, v. G. GAVAZZI, *passim*; sulla peculiarità, invece, dell'antinomia comunitaria, v. F. SORRENTINO 1996, 12-15).

5. Abbiamo sinora considerato, in linea di principio, la funzione specificamente di *riconoscimento* e di *garanzia* dei princìpi del diritto comunitario svolta dall'art. 117, accennando pure alla valenza *complementare* che tale disposizione dovrebbe avere nel giudizio di costituzionalità, quale puntello dell'art. 11.

A questo punto però vorremmo porci almeno un'ulteriore questione legata al mutato quadro dei *valori normativi* affermati dalla Costituzione italiana. Come già segnalato, infatti, il vincolo comunitario, inserito nel nostro ordinamento in

via del tutto implicita e indiretta attraverso l'art. 11, riceve oggi una esplicita e diretta inclusione nel piano costituzionale. La prevalenza del diritto comunitario e la prospettiva dell'integrazione, in altri termini, ricevono palese e stabile innesto nell'ortodossia tassonomica dei valori costituzionali espressi. Quale influenza potrà avere tutto ciò sulla dottrina dei controlimiti? Questi ultimi assumeranno nuove sembianze?

Com'è noto la nostra Corte costituzionale si è riservata (almeno in linea teorica) il *judicial review* sulle norme comunitarie a salvaguardia dei princìpi fondamentali del nostro ordinamento e dei diritti involabili della persona umana stabiliti dalla Costituzione (v. sentt. nn. 183 del 1973, cit.; 170 del 1984, cit. e 21 aprile 1989, n. 232, in *Giur. cost.*, 1989, I, 1001 ss.; in dottrina, v. l'ampio contributo di M. CARTABIA, *passim*), attraverso un analogo (ma non identico) percorso condotto dal *Bundesverfassungsgerichts* (v. le decc. del 29 maggio 1974, in *BVerfGE*, 37, 271, c.d. *Solange I*; 22 ottobre 1986, in *BverfGE*, 73, 339, c.d. *Solange II*; 12 ottobre 1993, in *BverfGE*, 89, 155, c.d. *Maastricht Urteil* e la recente 7 giugno 2000, in *www.bverfg.de*, c.d. *Bananenmarkt Urteil*).

Questa forma di garanzia, controlimitativa delle limitazioni di poteri sovrani, ha da sempre rappresentato il sicuro ed estremo baluardo (anche se soltanto prospettato) contro l'eccessivo incunearsi del diritto comunitario nel profondo tessuto costituzionale e il rischio di violarne un valore fondante (sul concetto di «valore» v., da ultimo, A. LONGO, spec. 79 ss.; sulla teoria dei valori, v. A. BALDASSARRE, *passim*). E tutto ciò sulla base di ragionamento che vedeva il controlimite come clausola di salvaguardia del sistema interno contro intollerabili aggressioni esterne (di logica interno *vs*. esterno discorre, da ultimo, L. TORCHIA, 1207).

L'inserimento espresso del vincolo comunitario nel Testo costituzionale non sembra possa in alcun modo mettere in discussione le ragioni teoriche e dogmatiche della dottrina dei controlimiti. Tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale esiste pur sempre una relazione di supremazia condizionata. La costituzionalizzazione del vincolo comunitario non sconvolge l'idea che tale vincolo, seppur specificamente condizionante dell'attività legislativa statale e regionale, sia a sua volta condizionato al rispetto dei valori supremi dell'ordinamento costituzionale.

Pur non alterando la validità della dottrina dei controlimiti, tuttavia, ci pare che qualcosa cambi nella logica del controllo della Consulta. Da oggi il vincolo comunitario assurge a pieno titolo tra i valori *espressi* di riferimento della Corte, e questo non potrà non avere riflessi sul giudizio costituzionale. L'eventuale controllo della Consulta da oggi non potrà che sostanziarsi di operazioni di bilanciamento tra valori, caso per caso, in una logica dialettica sicuramente più interiorizzata, molto più vicina alla logica delle limitazioni implicite alla revisione costituzionale. I controlimiti, pur non mutando la loro natura, diventano potente strumento di regolazione dell'entità del vincolo comunitario, attraverso operazioni di bilanciamento di valori normativi costituzionali.

Ciò che ci pare scompaia, in sintesi, è quella caratterizzazione marcatamente esteriore del vincolo comunitario, ora ricondotta *testualmente* sul piano interno.

E, in tale scenario, ci pare di poter intravedere una prospettiva di rinvigorimento della posizione della nostra Corte costituzionale.

La Corte, caso per caso, dovrà stabilire se il vincolo comunitario possa essere incompatibile con la garanzia di altro valore costituzionale intangibile, diventando organo di regolazione della misura *variabile* d'integrazione del nostro ordinamento in quello comunitario, ago della bilancia tra integrazione e separazione-coordinazione, riconquistando un ruolo di gestione del diritto europeo (v., sulla auto-esclusione della Corte costituzionale dalla gestione del diritto europeo come conseguenza della sent. n. 170 del 1984, G. ZAGREBELSKY, 2001, s.p.).

Se l'art. 11 dunque assume nella nostra lettura una funzione *costitutiva* del vincolo comunitario e l'art. 117 una funzione *confermativa* e *garantistica*, la Corte costituzionale in tale cornice assume una decisiva funzione *regolativa* del vincolo.

In conclusione di queste osservazioni si potrà di certo sostenere che nella sostanza delle cose, in realtà, è probabile che nulla cambi nel sistema. Ciò tuttavia non ci sembra ragion sufficiente per evitare di riflettere sul notevole mutamento del *legal framework* che la riforma impone all'interprete, proprio per meglio giustificare e adeguare conclusioni già esistenti nella giurisprudenza costituzionale.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, I e II, ed. a cura di G. CRIFO, Milano, 1990, spec. 801 ss.

B. BEUTLER-R. BIEBER-J. PIPKORN-J. STREIL-J.H.H. WEILER, *L'unione europea*, II ed. ital., Bologna, 2001, 103 ss., 134 ss.

E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 921 ss.

M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

M. CARTABIA-J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000.

A. CELOTTO, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giur. cost.*, 1992, 4481 ss.

A. CELOTTO, *Le «modalità» di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1473 ss.

A. CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 1485 ss.

M.P. CHITI, *Casi e materiali di diritto pubblico comunitario*, Torino, 1994.

S.M. CICCONETTI, *Le fonti del diritto italiano*, Torino, 2001, 439 ss.

V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, II, 1, V ed., Padova, 1984, 143 ss.

A. D'ATENA, *L'Italia verso il «federalismo». Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, spec. 253 ss.

A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, *Relazione* al Convegno di Bologna, del 14 gennaio 2002 su *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*
T. De Mauro, *Minisemantica*, Roma-Bari, 1982.
B. De Witte, *Direct Effect*, *Supremacy*, *and the Nature of the Legal Order*, in P. Craig-G. De Burca, *The evolution of EU law*, Oxford, 1999, 177 ss.
U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, III ed., Milano, 1999.
F. Gabriele-A. Celotto, *Fonti comunitarie e ordinamento nazionale*, Bari, 2001, 129 ss.
G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999.
G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Torino, 1959.
R. Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, 55 ss. e 105 ss.
H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, tr. it., Torino, 2002, spec. 108 ss.
T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, IV ed., Oxford, 1998.
A. Longo, *Valori*, *princìpi e costituzione: qualche spunto sui meccanismi di positivizzazione delle istanze assiologiche di base*, in *Dir. soc.*, 2002, 75 ss.
M. Luciani, *Le nuove competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario. Prima osservazioni sui principali nodi problematici della l. cost. n. 3 del 2001*, *Relazione* al Convegno di Roma del 19 dicembre 2001 su *Il nuovo Titolo V della Costituzione. Lo Stato delle autonomie*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*
L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.
P. Mengozzi, *Casi e materiali di Diritto Comunitario*, Padova, 1994.
P. Mengozzi, *Diritto privato e diritto comunitario*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, vol. 1, II ed., Torino, 1999, 503 ss.
F. Modugno, *È illegittimo l'art. 189 del Trattato di Roma nella interpretazione della Corte di Giustizia delle Comunità europee? (Variazioni critiche e ricostruttive)*, in *Giur. cost.*, 1979, II, 916 ss.
F. Modugno, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.
F. Modugno, *Appunti dalle lezioni sulle Fonti del diritto*, rist. agg., Torino, 2000, 125 ss.
P.E. Navarro-C. Orunesu-J.L. Rodriguez-G. Sucar, *La aplicabilidad de las normas jurídicas*, in *Analisi e diritto 2000*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 2001, 133 ss.
L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 419 ss.
C. Perelman-L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione*, tr. it., Torino, 1989.
C. Pinelli, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in *Foro it.*, 2001, V, 194 ss.
C. Pinelli, *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del Titolo V*, *Relazione* al Convegno di Bologna, del 14 gennaio 2002 su *Il nuovo Titolo V della parte II della Costituzione. Primi problemi della sua attuazione*, in *www.associazionedei costituzionalisti.it.*
A. Pizzorusso, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma, 1977, 486 ss.
R. Romboli, *Premessa* a *Le modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*, in *Foro it.*, 2001, V, 185 ss.

L.S. Rossi, *Gli obblighi internazionali e comunitari nella riforma del titolo V della Costituzione* (23 marzo 2002), in *www2.unife.it/forumcostituzionale/.*
G. Scaccia, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000.
F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, II rist. agg., Torino, 1996.
F. Sorrentino, *Nuovi profili dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, *Relazione* alla Tavola rotonda di diritto comunitario di Genova del 23 marzo 2002 su *Regioni*, *diritto internazionale e diritto comunitario*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it.*
G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, spec. 341 ss.
G. Tesauro, *Diritto comunitario*, II ed., Padova, 2001, 69 ss.
L. Torchia, *I vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2001, 1203 ss.
H.W.R. Wade-C.F. Forsyth, *Administrative Law*, VIII ed., Oxford, 2000, 204 ss.
D. Wyatt-A. Dashwood, *European Union Law*, IV ed., London, 2000, 57 ss.
G. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti del diritto*, rist., Torino, 1996, 126 ss.
G. Zagrebelsky, *Corti europee e corti nazionali*, *Introduzione* al *Seminario sui mutamenti costituzionali in Italia nel quadro della integrazione europea* tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza della LUISS - Guido Carli di Roma il 12 gennaio 2001, in *www.luiss.it/semcost/europa/index.html*.

Cfr., inoltre, i *Resoconti stenografici* delle Sedute della Commissione Affari costituzionali del Senato dedicate all'*Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V della Parte II della Costituzione*, e in particolare le Audizioni di L. Elia (23 ottobre 2001), A. Baldassarre e V. Caianiello (24 ottobre), A. Corasaniti (7 novembre) e S. Panunzio (20 novembre), in *www.senato.it.*

Non vanno infine sottaciute le notevoli suggestioni suscitate dalla lettura di uno scritto di F. Caringella, ancora inedito e senza titolo definitivo, sull'integrazione comunitaria e la revisione del Titolo V della Costituzione.

APPLICAZIONE IMMEDIATA DEL «DIRITTO VIVENTE» CEDU E «DIFFUSIONE» DEL SINDACATO SULLE LEGGI

ANDREA GUAZZAROTTI

1. Il mio contributo si colloca, secondo lo spirito di questo Convegno e delle relazioni in esso presentate, nella prospettiva di mettere in contatto il profilo della forza gerarchica rivestita dalle norme CEDU nel sistema interno delle fonti con quello della capacità di tali norme di produrre immediatamente la «regola del caso». Prospettiva che, come emerge efficacemente dalle relazioni del Convegno, può assumere i connotati dell'intreccio di rapporti tra giudici comuni-giudice di costituzionalità-giudice europeo dei diritti. Prospettiva, infine, dalla quale si possono meglio cogliere e inquadrare le problematiche apertesi con l'introduzione del nuovo art. 117, comma 1, Cost.

Se, fino a oggi, la giurisprudenza costituzionale non è stata chiara nel definire il rango gerarchico e l'utilizzo «parametrico» delle norme CEDU (sicuramente non come lo è stata nei confronti delle norme comunitarie) [1], altrettanto può dirsi con riguardo agli orientamenti dei giudici comuni circa la diretta applicabilità delle norme convenzionali (basti confrontare le opposte affermazioni fatte dalla Cassazione nel 1999 e nel 1991 sulla pubblicità delle udienze nei procedimenti disciplinari) [2]. Provo a delineare due chiavi di lettura di questa situazione, una «interna», legata cioè al nostro ordinamento, l'altra «esterna», connessa con le

---

[1] Sono note le critiche di «ermeticità» mosse in dottrina alla sent. n. 10 del 1993 della Corte costituzionale. Più in generale, e con riguardo non soltanto alla CEDU, l'incertezza sul punto è testimoniata da quei casi in cui, accanto al disconoscimento del rango sopralegislativo delle norme internazionali sui diritti umani, viene comunque affermata la non contrarietà della norma legislativa interna con quella «esterna» (cfr. F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000, 254-306, che cita le sentt. nn. 188 del 1980, 62 del 1981 e 15 del 1982).

[2] Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 febbraio 1999, n. 98, in *Rass. Forense*, 1999, 943 s. (art. 6 CEDU, «nel fissare l'esigenza di pubblicità del processo, pone un mero principio di comportamento per il legislatore nazionale»); Cass. civ., sez. un., 10 luglio 1991, n. 7662, in *Giustizia civ.*, 1992, I, 744 (è «da ritenere tacitamente abrogata dall'art. 6, comma 1, della [CEDU] … la norma dell'art. 34, comma 2, r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511», ossia l'obbligo di celebrare a porte chiuse il procedimento disciplinare a carico dei magistrati).

caratteristiche dell'ordinamento CEDU. La prima chiave è quella per cui l'incertezza della Corte costituzionale ha alimentato quella del giudice comune, senza che tra i due potesse inserirsi a fare chiarezza «il terzo» (la Corte europea), a differenza di quanto avvenuto per il diritto comunitario. Dinanzi alla perdurante difficoltà di accreditare in modo certo la superiorità gerarchica delle norme CEDU rispetto a quelle di legge ordinaria, attribuire alle prime natura immediatamente precettiva, anziché programmatica, rischia(va) di «indebolirle», esponendole all'abrogazione [3]. Per cui, paradossalmente, lasciare le norme CEDU nel limbo della loro «programmaticità» vale(va) non tanto (e almeno *non solo*) a deresponsabilizzare il giudice rispetto al legislatore, bensì a preservare quelle norme dal rischio di una loro pura e semplice eliminazione futura. In questi termini può ulteriormente spiegarsi il dato costante che sembra accomunare giudici comuni e giudice costituzionale: la tendenziale «ignoranza» della giurisprudenza CEDU, nel suo ruolo di «diritto convenzionale vivente», giurisprudenza che, invece, viene invocata proprio nei casi più eclatanti di diretta applicazione della Convenzione [4]. L'occultamento del «diritto vivente» CEDU come occultamento delle possibilità autoapplicative della Convenzione, quindi.

Veniamo alla seconda chiave di lettura, quella «esterna». Come è emerso anche dalle relazioni, la vera differenza tra Strasburgo e Lussemburgo non si pone tanto nei termini astratti di un «monopolio interpretativo» della Convenzione o del Trattato (anche Strasburgo ha simile monopolio) [5], bensì nei termini concreti della possibilità di attivare un canale immediato tra giudici nazionali e giudice sovranazionale [6]. Non esiste nella CEDU un meccanismo assimilabile al rinvio

---

[3] L'immediata precettività si rivela, cioè, un'arma a doppio taglio: ciò che è tanto puntuale da essere direttamente applicabile può, anzi *deve* essere considerato «abrogato», una volta che si presenti un contrasto con una norma puntuale successiva. Discorso parzialmente analogo è stato fatto con riguardo al criterio di specialità, quale metodo per far prevalere le norme d'origine internazionale, che si rivelerebbe anch'esso un'arma a doppio taglio: G. SORRENTI, *Le Carte internazionali sui diritti umani: un'ipotesi di «copertura» costituzionale «a più facce»*, in *Pol. dir.*, 1997, 354. Sotto il diverso profilo del sindacato costituzionale su norme contenute in trattati internazionali, sono state giustificate le scelte compiute dalla Corte costituzionale nel senso di non ritenere *self executing* alcune norme di origine pattizia, «perlomeno nella misura in cui [ciò] ha consentito di escludere la rilevazione di un contrasto tra [disciplina pattizia] e il disposto costituzionale» (S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, 99).

[4] Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 luglio 1982, n. 6978, *Iaglietti*, in *Cass. pen.*, 1984, II, 1456; C.S.M., sez. discipl., sent. 5 luglio 1985, in *Foro it.*, 1986, III, 47; Cass. pen., sez. I, 10 luglio 1993, *Medrano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, 580 s.

[5] Art. 45 (32, nella numerazione vigente, introdotta dal Protocollo n. 11). Non v'è dubbio che, con l'obbligo introdotto dal Prot. n. 11 di accettare la giurisdizione della Corte europea sui ricorsi individuali, tale «monopolio interpretativo» si è reso più evidente.

[6] L'affermazione fatta dalla Corte giust. CE nella fondamentale sent. *Van Gend & Loos* (5 febbraio 1963, C-26/62), infatti, non sembra incompatibile con il diverso quadro di riferimento della CEDU: per la CGCE l'attribuzione, *ex* art. 177 Trattato CE, della competenza di

pregiudiziale dell'ordinamento comunitario. Ed è proprio un simile meccanismo che renderebbe possibile anche per la Corte europea di pronunciarsi sul «caso concreto», pur facendone formale astrazione (come avviene nei giudizi *ex* art. 234 – previdente art. 177 – TCE da parte della CGCE). Che permetterebbe, cioè, di superare in radice l'ambiguità della distinzione tra norme «*self-executing/non self-executing*», confusa con quella tra norme «precettive/programmatiche». Questa è oggi la maggiore fonte di incertezza e svalutazione del «dritto vivente» CEDU. Per cui, se è solo con riferimento al caso concreto che può predicarsi la natura *self-esecuting* di una norma [7], allora è solo mettendo a contatto «il caso» con il giudice europeo che si può avere – *a priori* – la certezza della diretta applicabilità delle norme CEDU, nel loro innesto con le norme interne.

2. Oggi, il nuovo art. 117, comma 1, Cost. *dovrebbe* poter mutare questa possibile ricostruzione, almeno rispetto al versante «interno». Se, *e fintanto che*, si aderisce alla tesi per cui la modifica costituzionale determinerebbe un'alterazione della gerarchia delle fonti, non c'è più ragione di «proteggere» la CEDU dall'abrogazione e dai contrasti con la puntuale normativa di legge interna [8]. Ma, a tal proposito, gli spunti più interessanti vengono proprio da chi, in dottrina, *nega* la tesi dell'alterazione del sistema delle fonti. Enzo Cannizzaro, quasi a metterci in guardia, ci ricorda come, negli ordinamenti che espressamente attribuiscono superiore forza alle norme di derivazione internazionale, si sviluppino orientamenti giurisprudenziali incentrati sulla dicotomia «natura *self-esecuting/non self-executing* delle norme» [9], leggibili come metodo di deresponsabilizzazione del giudice, da un lato [10], e di «difesa» del diritto legislativo statuale,

---

assicurare l'uniforme interpretazione del Trattato da parte dei giudici nazionali «costituisce la riprova del fatto che gli Stati hanno riconosciuto al diritto comunitario un'autorità tale da essere fatto valere dai loro cittadini davanti a detti giudici». Anche il giudice CEDU, a stretto rigore, ha il potere-dovere di assicurare l'uniforme interpretazione della CEDU negli ordinamenti nazionali, ossia assicurare che in tutti gli ordinamenti gli obblighi convenzionali vigano allo stesso modo, imponendo gli stessi risultati (minimi). Manca il riferimento diretto ai giudici, ossia al fatto che la CEDU debba essere uniformemente interpretata dai *giudici nazionali*. Ma il riferimento manca non per caratteristiche sostanziali delle norme CEDU, bensì per l'assenza del meccanismo processuale che consente al giudice europeo di stabilire *a priori* quale sia, nel caso concreto, la portata della Convenzione.

[7] Come efficacemente evidenziato nella relazione presentata a questo convegno da B. RANDAZZO, 37 s. della versione provvisoria.

[8] Per cui, laddove il «diritto vivente» di Strasburgo è in grado di produrre norme autoapplicative, quelle prevalgono, resistendo anche a modifiche di legge successive.

[9] E. CANNIZZARO, *La riforma «federalista» della costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, n. 4, 927 e s.

[10] Cfr. C.M. VAZQUEZ, *The Four Doctrines of Self-Executing Treaties*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 695 ss.

dall'altro [11]. Sebbene appaia anacronistico che la Corte costituzionale riservi alla CEDU la dicotomia «norme programmatiche/precettive» che fin dalle origini si è rifiutata di utilizzare per la Costituzione, meno improbabile risulta il ricorso alla tecnica della *inammissibilità per pluralità di soluzioni alternative*, tutte rimesse alla discrezionalità del legislatore. Non solo, ma proprio l'ascensione di rango delle norme CEDU potrebbe determinare nei loro confronti un trattamento analogo a quello che la Corte costituzionale aveva riservato al diritto comunitario nella seconda fase della sua giurisprudenza sui rapporti tra fonti interne e fonti comunitarie (sent. n. 232 del 1975). L'obbligo per i giudici di sollevare la questione alla Corte rischierebbe, allora, di offuscare le potenzialità autoapplicative del diritto CEDU, come specificato dalla giurisprudenza di Strasburgo, finendo per «centralizzare» il controllo di convenzionalità in capo a un organo che, strutturalmente, è più sensibile al rispetto degli equilibri istituzionali [12] e più interessato a confondere le eventuali peculiarità del diritto vivente CEDU nel manto avvolgente dell'interpretazione costituzionale [13]. Da un altro lato, tuttavia, proprio l'ipotesi della superiorità gerarchica della CEDU sembra rendere inevitabile e per certi versi auspicabile una simile «centralizzazione» del controllo di convenzionalità, onde evitare il rischio che, con il nuovo art. 117, comma 1, Cost., si affermi surrettiziamente un meccanismo equivalente al controllo di costituzionalità diffuso, usato per abilitare qualsiasi giudice alla disapplicazione delle leggi, magari invocando norme *giurisprudenziali* CEDU in modo poco inteleggibile [14].

L'obiettivo che allora si pone è quello di auspicare un controllo di convenzionalità che, proprio perché «monopolizzato» in capo alla Corte costituzionale, si svolga nel modo più corretto e trasparente possibile. Un controllo «trasparente» soprattutto con riguardo alla possibilità di ricavare delle «rime obbligate» dalla Convenzione (da sola o in combinazione con la Costituzione), tutte quelle volte in cui il mero annullamento di norme interne non risolva la situazione di inconvenzionalità(-incostituzionalità). In altre parole, si tratta di scongiurare il rischio che il giudice delle leggi possa deliberatamente ignorare la giurisprudenza euro-

---

[11] Cfr. L. HENKIN, *U.S. Ratification of Human Rights Conventions: the Ghost of Senator Bricker*, in *Am. Jour. Int. Law*, 1995, 341 ss.

[12] Cfr. la relazione presentata a questo convegno da A. PERTICI, 5 del testo provvisorio.

[13] Come è stato osservato da A. PERTICI (p. 24 del testo provvisorio della relazione cit.), la giurisprudenza CEDU sull'art. 6 viene ignorata anche «dopo» che quell'articolo è stato «incorporato» nella nostra Costituzione e nonstante la Corte costituzionale riconosca espressamente che il nuovo art. 111 Cost. sia stato «modellato» sulla norma convenzionale.

[14] Cfr. la casistica giurisprudenziale riportata da B. RANDAZZO, 42 s. della relazione cit., nonché la condivisibile critica all'ipotesi di disapplicazione da parte dei giudici comuni di norme di legge contrastanti con la CEDU (*ibidem*, 35 s.). Sul rischio di surrettizie disapplicazioni di legge e sul dovere di accentrare il controllo (della conformità ai trattati sui diritti umani) in capo alla Corte costituzionale si era già pronunciato E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, 367 s.

pea al fine di evitare le potenzialità di *integrazione* del tessuto normativo statale che essa offre. Un atteggiamento di «leale cooperazione» tra Corte costituzionale e Corte europea (ovvero una conduzione «intellegibile» del controllo di costituzionalità *anche* alla stregua degli *standard* di Strasburgo) sembra infatti l'antidoto migliore contro le tentazioni dei giudici comuni di ricorrere direttamente al diritto giurisprudenziale CEDU per autoinvestirsi di poteri di sindacato diffuso sulle leggi.

L'analisi e l'interpretazione che intendo svolgere nel prosieguo sulla nota pronuncia *Medrano* della Cassazione (e su altri casi assimilabili) evidenziano proprio il rischio (o l'*opportunità*?) di un simile aggiramento da parte dei giudici comuni del sindacato di costituzionalità. Non solo, ma evidenziano il fatto che, a prescindere dagli effetti della modifica del nuovo art. 117 Cost., esiste una via, diversa da quella «comunitaria» del rinvio pregiudiziale, che permette ai giudici di far entrare «in concorrenza» le due Corti, quella costituzionale con quella europea. Dinanzi al fermo diniego della prima di far giocare un ruolo e una portata autonomi alle norme della Convenzione nella loro interpretazione giurisprudenziale europea, i giudici nazionali hanno trovato, e possono trovare, sia pure in determinate categorie di casi, una «terza via» nell'applicazione della Convenzione, una via, cioè, che non sia quella del sollevamento della questione di costituzionalità (la CEDU come parametro), né quella della sua svalutazione come «norma programmatica». Si tratta di una peculiare possibilità di applicare direttamente il «diritto convenzionale vivente», interpretando determinate pronunce dei giudici europei come altrettante «deleghe di bilanciamento» di interessi confliggenti, deleghe che il giudice nazionale può adempiere direttamente, senza attendere alcuna modifica legislativa (comprese le «modifiche» determinate da pronunce costituzionali).

3. La giurisprudenza di Strasburgo non vale solo a chiarire la portata delle norme convenzionali di principio e renderle così più facilmente utilizzabili dai giudici nazionali. Essa, a volte, sembra dirigersi espressamente ai giudici nazionali. Ciò accade sicuramente quando gli organi di Strasburgo, valutando le norme nazionali pertinenti, concludono per l'*astratta compatibilità* di queste con la Convenzione [15]. Per cui, tutte le volte in cui c'è astratta compatibilità e contem-

---

[15] Cfr., ad es., Comm. europea, rapporto 30 marzo 1963, affare *Fundres* c. *Italia* (in *Foro it*., IV, 1964, 33), secondo cui «le disposizioni del codice italiano concernenti l'audizione dei testimoni sono in linea di principio conformi alla convenzione», ma la loro esistenza non è di per sé sufficiente a evitare violazioni causate dal modo in cui quelle disposizioni vengono applicate dal giudice interno (il passo è evidenziato da M. CHIAVARIO, *«Cultura italiana» del processo penale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo …*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1990, 434 ss.; F. RASPADORI, *op. ult. cit*., 128, che sottolinea come tale rapporto della Commissione venga citato dalla decisione della Cassazione del 14 luglio 1982, n. 6978, *Iaglietti*, cit.).

Sulla natura «ibrida» del sindacato svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr.

poranea condanna dello Stato nel caso concreto, ne deriva che sta ai giudici nazionali raggiungere il «risultato» imposto dalla CEDU, o, meglio, dal diritto giurisprudenziale CEDU [16]. In un caso, al quale è stato dato particolare risalto in dottrina, la Corte europea ha addirittura accertato la natura autoapplicativa di una sua precedente regola giurisprudenziale, in base al test d'ispirazione comunitaria della *precisione* e *completezza* della norma [17]. Ma al di là di queste ancora

---

J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, in *RFDC*, 1999, 721, che evidenzia la non eccezionalità di un controllo sull'astratta compatibilità di una legislazione nazionale con la Convenzione europea. Cfr. anche le osservazioni di M. CHIAVARIO, *op. ult. cit.*, 451. Esemplifica bene tale natura «ibrida» del sindacato europeo la recente sentenza della Corte europea (sez. X) del 16 aprile 2002, *Stes Colas Est e altri* c. *Francia* (spec. § 49), in cui le valutazioni sul «fatto» (ispezioni svolte dall'amministrazione delle finanze senza alcun previo controllo del giudice) finiscono col fondersi con quelle sulla normativa interna (la Corte rileva come la normativa vigente all'epoca dei fatti conferisse all'amministrazione l'esclusiva discrezionalità sulla valutazione del *se*, del *quando* e del *come* effettuare le operazioni contestate).

[16] Il fenomeno è ben coglibile se si guarda alle prassi del Consiglio dei Ministri nell'esercizio del potere di sorvegliare l'esecuzione delle sentenze di «condanna» CEDU (art. 46, previgenti artt. 53 e 54, della Convenzione). A seguito della nota sentenza *Kokkinakis* (del 25 maggio 1993), in cui la Grecia veniva condannata senza che fosse formalmente dichiarato inconvenzionale il reato di «proselitismo abusivo», il Comitato dei Ministri impiegava più di tre anni «per assicurarsi che i procedimenti penali per proselitismo fossero cessati in Grecia» (A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. BARTOLE-B. CONFORTI-G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 691). Altro caso esemplare, il «seguito» della condanna della Svezia, nel caso *Holm* (25 novembre 1993), in cui soltanto dopo quasi cinque anni il Comitato dei ministri (risoluzione del 10 luglio 1998) si è lasciato persuadere dal Governo svedese circa il fatto che le modifiche d'orientamento intervenute nella giurisprudenza interna rendevano superflua una modifica legislativa (E. LAMBERT, *La pratique récente de rèparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: plaidoyer pour la préservation d'un acquis remarquable*, in *RTDH*, 2000, 214 s.).

[17] Cfr. Corte e.d.u., sent. 29 novembre 1991, affare *Vermeire* c. *Belgio*, Serie A 214-C: per la Corte non sussistevano motivi che potessero impedire ai giudici nazionali «di conformarsi alle conclusioni della sentenza Marckx [condanna del Belgio da parte della stessa Corte europea] …: non era *né imprecisa né incompleta* la regola che vietava di operare a danno [della ricorrente, rispetto ai propri cugini,] una discriminazione fondata sul carattere «naturale» del legame di parentela che la univa al *de cuius*»; «una riforma globale [del diritto di famiglia e successorio] non si imponeva affatto come presupposto indispensabile al rispetto della Convenzione, così come interpretata dalla Corte nell'affare Marckx» (§ 25 e § 26, corsivi aggiunti). In dottrina cfr. J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, cit., 724, il quale rileva la similitudine con la giurisprudenza della Corte di giustizia CE e interpreta il caso *Vermeire* come un impulso dato dalla Corte di Strasburgo affinché gli Stati eliminino le leggi contrarie a Convenzione; molto più in là si spinge E. LAMBERT, *op. ult. cit.*, 207, secondo la quale «*le jugement européen paralyse ainsi l'application du droit interne mis en cause par l'autorité de chose jugée européenne*». Ma, come osservato da B. RANDAZZO (p. 26 s. della relazione cit.), la sentenza assume una portata limitata dalle partico-

isolate prese di posizione di Strasburgo, si danno casi in cui la regola prodotta dai giudici europei è formulata in modo tale da presupporre senz'altro una sua applicazione caso per caso, ossia in via giurisprudenziale, mal combinandosi con un'applicazione in via generale e astratta di tipo legislativo [18].

Quelli accennati sono percorsi argomentativi del giudice europeo che possono assumere una portata diversa, a seconda che ci si ponga sul piano sovranazionale o su quello nazionale. A Strasburgo, essi non appaiono di grande impatto, posto che per l'ordinamento del Consiglio d'Europa gli *standard* di tutela imposti dalla Convenzione possono essere raggiunti *sia* tramite la diretta applicazione dei giudici delle norme ricavabili dalla CEDU, *sia* tramite interventi normativi del potere politico (che, a loro volta, dovranno risultare «effettivi») [19]. Sul piano nazionale, invece, quelle formule giurisprudenziali possono assumere un significato molto pregnante. Esse possono essere lette come un «riparto di competenze» tra giudice e legislatore (o amministrazione) circa il potere-dovere di adeguamento agli standard imposti dalla Convenzione. Ed è proprio perché spesso la giurisprudenza CEDU finisce, esplicitamente o implicitamente, per «ripartire» tali competenze, che sul piano interno possiamo trovare dei giudici che fanno ricorso alla CEDU per derivarne una «delega di bilanciamento» tra interessi contrapposti (tra libertà e ordine pubblico, ad es.), al fine di superare, nel caso concreto, la rigidità della legge nazionale. Ossia, se si vuole, per superare il monopo-

---

larità del caso, posto che le affermazioni della Corte sugli «effetti diretti» delle proprie sentenze si dirigono piuttosto contro le argomentazioni del Governo belga, che pretendeva farsi scudo dell'art. 53 (attuale art. 46) della CEDU, invocando la discrezionalità che la Convenzione lascia agli Stati circa le modalità di esecuzione degli obblighi di condanna, al fine di sottrarsi a qualsiasi ulteriore condanna su casi analoghi a quello *Marckx* del 1979 (sent. *Vermeire*, cit., § 24). Sarebbe stato un po' come se il Governo italiano avesse invocato il fatto che, in esecuzione della prima condanna europea sull'eccessiva durata dei processi, stava procedendo a complesse riforme del proprio sistema giudiziario e pertanto non poteva essere colpito da ulteriori condanne.

[18] Cfr. il caso *Ventura* analizzato da CHIAVARIO, *«Cultura italiana» …*, cit., 459, in tema di ragionevole durata della custodia preventiva, ai sensi dell'art. 5.3 della Convenzione. Per la Corte di Cassazione (23 aprile 1976, Ventura, in *Cass. pen. Mass. annot.*, 1977, 176) la compatibilità tra ordinamento interno e Convenzione veniva sbrigativamente certificata, sulla base della semplice esistenza della scarcerazione per decorrenza dei termini massimi di custodia preventiva, istituto che «sottrae il mantenimento o meno della privazione della libertà personale ad ogni valutazione discrezionale del giudice». Mentre la Commissione europea, al contrario, osservava come, alla stregua della tradizionale giurisprudenza della Corte europea, il carattere ragionevole della durata «non può essere apprezzato «*in abstracto*»» (*Affaire Ventura*, *Rapport de la Commission*, § 183, riportato da CHIAVARIO, *op. ult. cit.*, 459, nt. 82). Sempre nei confronti dell'Italia, cfr. anche i casi *Goddi* (sent. 9 aprile 1984, Serie A n. 76, § 31) e *Artico* (sent. 13 maggio 1980, in Serie A n. 37, § 36), accomunati dal fatto che la Corte europea indicava espressamente agli organi giurisdizionali gli «obblighi di comportamento» che avrebbero dovuto osservare in ossequio alla Convenzione.

[19] Cfr. A. DRZEMCZEWSKI, *Art. 46. Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, cit., 690 ss.; E. LAMBERT, *La pratique rècente …*, cit., 206 ss.

lio del legislatore sul bilanciamento richiesto. Ciò, si badi bene, senza bisogno di invocare alcun sindacato interno di costituzionalità, che, come noto, è lo strumento per eccellenza in grado di determinare tale «delega di bilanciamento» in favore del giudice [20]. Un esempio eclatante di quanto ho appena abbozzato lo si trova proprio nella sentenza della Cassazione *Medrano*. Ma, prima di arrivarci, vorrei citare un paio decisioni della Corte costituzionale, capaci di rivelare la logica di un simile ricorso alla giurisprudenza di Strasburgo.

4. Nel caso risolto dalla sent. n. 17 del 1981, il giudice *a quo* invocava l'illegittimità della norma che gli vietava di derogare al divieto di pubblicità delle udienze nel processo minorile, anche nel caso in cui la pubblicità fosse richiesta dall'imputato minore e risultasse utile o necessaria rispetto alla tutela di quest'ultimo. Ad essere invocato era l'art. 6.1 della CEDU in combinato disposto con l'art. 2 Cost. Per la Corte costituzionale, tuttavia, laddove la disposizione CEDU invocata impone la pubblicità del processo e stabilisce le deroghe ammissibili, tra cui la tutela degli interessi dei minori, la norma che ne risulta «non comport(a) che la deroga in questione debba essere disposta dal giudice anziché dalla legge». Similmente è accaduto con riguardo ai procedimenti giudiziari riguardanti la responsabilità disciplinare dei giornalisti, ove l'analogo divieto di pubblicità è stato giustificato dalla Corte (sent. n. 235 del 1993) ancora una volta legittimando il monopolio del legislatore sul bilanciamento delle contrapposte esigenze in gioco (quelle che fondano la regola della pubblicità e quelle ispirate alla *privacy* del giornalista) [21]. Ecco, allora, lo schema che può estrapolarsi da questi due casi: il giudice comune si avvede della contrarietà tra la norma «interna» e quella CEDU, laddove la prima non gli consente di operare quel bilanciamento di contrapposti interessi che, invece, la seconda sembrerebbe richiedere; lo stesso giudice, tuttavia, non si sente abilitato a dare senz'altro applicazione alla norma convenzionale e si limita a utilizzarla solo per integrare il parametro di costituzionalità della questione da sottoporre alla Corte costituzionale. È a quest'ultima, in sostanza, che si chiede di formulare la norma sul bilanciamento (ossia, se si vuole, di affermare l'immediata applicabilità della disposizione CEDU, intesa come precetto sulla competenza del giudice a effettuare il bilanciamento per il caso concreto). Il

[20] Cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 91.

[21] «Tuttavia, anche in questo particolare procedimento possono venire in discussione la stessa dignità umana e alcuni aspetti della vita di relazione del giornalista, per cui la sua applicazione non può essere assoluta ed incondizionata ma può essere necessario il bilanciamento dei vari interessi in gioco; in particolare, di quelli che fanno capo allo stesso giornalista e di quelli relativi alla garanzia del controllo della pubblica opinione sullo svolgimento del procedimento. Il suddetto bilanciamento e la correlativa definizione degli eventuali limiti *sono affidati alla discrezionalità del legislatore*, al quale non può sostituirsi questa Corte» (sent. n. 235 del 1993, punto 3 del *Considerato in diritto*, corsivi aggiunti).

giudice di costituzionalità, rifiutando di compiere una simile operazione, fa salva la regola interna che affida il bilanciamento al solo legislatore.

A questo modo di procedere si contrappone quello del caso *Medrano* [22]. In esso la Cassazione ha ritenuto di non poter dare applicazione *incondizionata* alla norma nazionale (che associava automaticamente l'espulsione dello straniero alla condanna per reati in materia di stupefacenti) [23], senza aver prima verificato l'applicabilità al caso concreto della norma *convenzionale* (il divieto d'espulsione come corollario del diritto alla conservazione dei propri legami familiari, *ex* art. 8.1 CEDU, superabile solo in presenza delle esigenze contemplate all'art. 8.2). Per la Cassazione tale norma imponeva al giudice interno, primo: di verificare l'esistenza – in capo allo straniero da espellere – di legami familiari stabili sul territorio nazionale [24]; secondo: di valutare la proporzionalità tra la gravità del reato commesso dallo straniero e il *vulnus* inferto alle sue relazioni familiari [25]. In breve, si tratta del dovere di operare un bilanciamento tra il diritto alla famiglia e le esigenze dell'ordine pubblico, bilanciamento che la Cassazione ha implicitamente ritenuto delegato dalla Convenzione (art. 8.2) direttamente al giudice del caso concreto [26]. Qui si introduce l'ulteriore elemento della giurisprudenza di Stra-

---

[22] Cass. pen., sez. I, 10 luglio 1993, cit.

[23] Art. 86, d.p.r. n. 309 del 1990: «Lo straniero condannato per uno dei reati previsti dagli artt. 73, 74, 79 e 82, commi 2 e 3, a pena espiata, deve essere espulso dallo Stato».

[24] Cfr. il punto n. 4.2 della motivazione, in cui la Cassazione rileva come «gli organi di tutela di Strasburgo (siano) *costanti* nel ritenere che, *quando uno straniero possiede una famiglia in un Paese determinato*, la decisione di espellerlo è suscettibile di compromettere l'unità familiare, ponendo gravi problemi, ai sensi dell'art. 8 della Convenzione» (corsivi aggiunti).

[25] La Cassazione, allo stesso punto n. 4.2, richiama il canone costante della giurisprudenza di Strasburgo, secondo cui, se da un lato gli Stati restano padroni di tutelare l'ordine pubblico anche ricorrendo all'allontanamento degli stranieri, dall'altro lato le misure adottate in materia, nella misura in cui possono incidere sui diritti garantiti dall'art. 8.1 CEDU, «devono risultare necessarie in una società democratica, ossia giustificate da un bisogno sociale imperioso e proporzionate allo scopo legittimo perseguito» (le sentenze CEDU citate dalla Cassazione sono quelle del 26 marzo 1992, *Beldjoudi* c. *Francia*; del 18 febbraio 1991, *Moustaquim* c. *Belgio*; del 21 giugno 1988, *Berrehab* c. *Olanda*; del 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali* c. *Regno Unito*).

[26] La conclusione della sentenza *Medrano* è, infatti, l'annullamento con rinvio allo stesso giudice «perché proceda all'accertamento in concreto della pericolosità del soggetto, nel rispetto del principio sancito dall'art. 8 della CEDU» (punto n. 10, in *Riv. int. dir. uomo*, 1993, 584). In un passaggio precedente, la Cassazione aveva ricostruito l'oggetto del ricorso, concentrandolo sul punto in cui il giudice del merito aveva ritenuto i diritti familiari invocati dal condannato, ai sensi degli artt. 29 e 30 Cost., destinati «*comunque (a) soccombere, siccome costituzionalmente sottordinati al principio della ineludibilità della giustizia penale*» (punto n. 5, *ibidem*, 581, corsivi originali). È, allora, proprio tale gerarchizzazione che viene implicitamente sconfessata dalla Cassazione. Visto che la questione originaria sembrava dallo stesso ricorrente impostata come un mancato bilanciamento di princìpi costituzionali, il ricorso alla CEDU e alla sua giurisprudenza può essere letto non tanto come un mascheramento della di-

sburgo e del ruolo da essa giocato riguardo alla diretta applicabilità della CEDU. Nel caso *Medrano*, infatti, la Cassazione si è appoggiata espressamente a tale giurisprudenza, laddove questa in modo particolarmente chiaro vietava espulsioni operate senza quel bilanciamento [27]. Tenendo conto che, nei giudizi di costituzionalità sopra accennati, questo sostegno giurisprudenziale esterno mancava del tutto, può concludersi che una *chiara* giurisprudenza CEDU consente al giudice nazionale di non cercare appoggio nel giudice di costituzionalità per applicare direttamente la norma «esterna».

Ma in cosa consiste tale «chiarezza» della giurisprudenza CEDU? Essa, nel caso *Medrano* con particolare evidenza, sta proprio nella *regola sul bilanciamento* fornita dagli organi di Strasburgo, la quale si atteggia in due modi diversi, a seconda che la si guardi dal punto di vista esterno o interno. Da quello dell'or-

---

retta applicazione della Costituzione, piuttosto come un modo per ottenere altrimenti ciò che, in assenza del diritto vivente CEDU, avrebbe richiesto l'intervento della Corte costituzionale. Commentando la sent. *Medrano*, v'è stato chi ha visto in essa il superamento del «generico principio della presunzione di conformità» (cui sarebbero astretti i giudici rispetto alle norme internazionali) e l'affermazione del principio della «presunzione di operatività», che obbligherebbe il giudice a «compiere il massimo sforzo ermeneutico per consentire alla norma internazionale di esplicare gli effetti interni necessari per giungere alla sua piena e completa applicazione», ricercando e creando «le condizioni che consentono l'applicazione della norma internazionale» (F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, cit., 82). Mentre per altri si è trattato di una sorta di abuso del detto criterio interpretativo della «presunzione di conformità» delle norme interne con quelle di origine convenzionale, presunzione che non può giungere al «totale stravolgimento del significato che il nostro legislatore ha affidato alle disposizioni nazionali» (P. PUSTORINO, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1995, 33). Appare degno di nota il fatto che lo stesso Governo italiano, in alcuni procedimenti dinanzi al Comitato dei Ministri per l'esecuzione delle condanne della Corte, abbia citato la sentenza *Medrano* a dimostrazione de «*la volonté croissante de la part des juridictions italiennes de prendre en compte les exigences de la Convention*», così da far confidare sulla futura applicazione della legge nazionale *nel rispetto dei princìpi fissati dalla Corte europea* nei casi dei quali si stava accertando l'esecuzione: cfr. le risoluzioni del 14 dicembre 1993, affare *Brozicek* c. *Italia* (DH (93) 63), affare *Colozza* c. *Italia* (DH (93) 64), affare *T.* c. *Italia* (DH (93) 65).

[27] Oltre alle decisioni citate alla penultima nota, la Cassazione si appoggia su alcune decisioni della Commissione (14 luglio 1982, richiesta n. 9492/81; 3 ottobre 1972, richiesta n. 5301/71; 19 maggio 1977, richiesta n. 7671/76; 2 maggio 1979, richiesta n. 8244/78). Questa giurisprudenza, per la Cassazione, ha sottolineato «la necessità di prendere in esame *le circostanze del caso di specie* (gravità del reato determinante l'espulsione, possibilità per i familiari di seguire l'interessato, età e situazione personale e giuridica dei figli e dei familiari in genere, ecc.), al fine di pervenire *ad una decisione di giusto equilibrio tra i diversi interessi in giuoco*» (punto n. 7, *ibidem*, 582, corsivi aggiunti). Come si vede, la ricostruzione della giurisprudenza europea fatta dalla Cassazione sembra tradursi in una *norma sul controllo di proporzionalità* che il giudice è chiamato a svolgere di volta in volta. Sebbene, infatti, la giurisprudenza di Strasburgo non sia esplicita sul punto – se spetti o meno al legislatore o al giudice svolgere tale controllo – è la stessa formulazione della regola di bilanciamento a implicare uno spazio di valutazione sufficientemente ampio in capo agli organi nazionali dell'applicazione.

dinamento CEDU, essa equivale all'obbligo per lo Stato membro di esercitare certi poteri solo dopo averne verificato l'incidenza su determinati diritti, in modo che sia rispettata la proporzionalità tra grado di realizzazione dello scopo statale perseguito e grado di compressione del diritto. Ciò *non impone allo Stato* una «norma sulla competenza» tale da conferire sempre e comunque al giudice il potere di fissare la regola del caso concreto e, specularmente, tale da vietare un bilanciamento operato già in astratto dal legislatore. Ma certo *vieta allo Stato* di applicare leggi che quel bilanciamento lo omettano completamente, o lo realizzino solo formalisticamente [28]. Dal punto di vista interno, invece, la *regola sul bilanciamento*, laddove non espressamente recepita nelle disposizioni di legge applicabili ma neppure da queste espressamente vietata, vale come una deroga all'obbligo generale di espulsione dello straniero, connesso a determinati reati. Come si vede, non v'è nessun bisogno di ricorrere al criterio di gerarchia, né a quello cronologico, posto che la norma «esterna», colta nella sua «autoapplicabilità», va semplicemente ad *affiancarsi* a quella interna, limitandone la sfera materiale di efficacia in tutti quei casi in cui lo straniero goda di legami familiari stretti e stabili (e, reciprocamente, riespandendosi ogni qual volta egli ne sia privo) [29].

Questo schema della «regola sul bilanciamento» fornita dal giudice di convenzionalità, a mio avviso, permette la rilettura di diversi esempi di uso «interno» della CEDU. Mi limito qui a citare un'altra vicenda molto nota: la pronuncia del C.S.M. sulla pubblicità dei procedimenti disciplinari dei magistrati, in cui è stata dichiarata l'abrogazione della norma interna che imponeva il processo a

---

[28] Per cui, anche per la giurisprudenza CEDU può predicarsi lo schema ricostruttivo applicato sul piano interno a certe decisioni della Corte costituzionale, in particolare a quelle che «operano nel senso di ridurre i poteri del legislatore di precostituire schemi fissi di coordinamento degli interessi e, per il verso opposto, nel senso di "delegare" tale coordinamento ai soggetti dell'applicazione o dell'attuazione delle leggi» (R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 91). La similitudine la si coglie ancora meglio se si pensa che molte di queste «deleghe di bilanciamento» sono state create dalla Corte costituzionale attraverso sentenze interpretative (di accoglimento o di rigetto), che lasciano intatta la disposizione di legge in questione, esattamente come farebbe una pronuncia della Corte europea del tenore di quelle citate dalla Cassazione nella sent. *Medrano* (ossia decisioni che non implicano la necessaria riforma del diritto legislativo interno).

[29] E, difatti, la Cassazione nel caso *Medrano*, dopo l'ampia (e quasi unanimemente criticata in dottrina) argomentazione sulla forza gerarchica rivestita dalla CEDU, conclude in modo molto più modesto, affermando che «la disposizione della legge sugli stupefacenti deve essere interpretata nel senso che l'applicazione pratica di quest'ultima non può risolversi immotivatamente nella violazione del principio sancito nella norma convenzionale. In sostanza, la regola convenzionale si riduce, a ben vedere, ad un criterio ermeneutico… per la corretta applicazione della misura di sicurezza» (punto 8.2 della motivazione, 584). F. RASPADORI, *I trattati internazionali …*, cit., 83, rileva, a tal proposito, l'assenza di contrasto diretto tra art. 8 CEDU e norma interna, il primo articolo limitandosi «a prevedere alcune condizioni restrittive alla sua applicazione».

porte chiuse [30]. Ciò accadeva in applicazione della giurisprudenza CEDU che aveva rituenuto le garanzie del giusto processo (art. 6.1 CEDU) riferibili anche ai procedimenti disciplinari [31]. In realtà, anche in questo caso possiamo parlare di «delega di bilanciamento» assunta dall'organo giudicante interno sulla scorta della norma convenzionale. Innanzitutto perché è lo stesso C.S.M. a riconoscere che la «nuova» regola sulla pubblicità delle udienze può venire derogata, in presenza di beni meritevoli di tutela, come la *privacy* del magistrato incolpato, beni espressamente menzionati nell'art. 6 della CEDU. In secondo luogo perché la norma interna previgente, che vietava la pubblicità del procedimento a tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, può essere ritenuta in parte coincidente con la stessa norma convenzionale che ammette la *deroga* alla pubblicità nel caso in cui ciò rischi di «*porter atteinte aux intérêts de la justice*» (art. 6.1, in fine). Solo che, mentre la norma nazionale effettuava il bilanciamento «a senso unico», ritenendo una volta per tutte prevalenti gli interessi contrari a quelli della pubblicità, la norma CEDU (nell'interpretazione datane da Strasburgo e recepita dal C.S.M.) conferisce tale potere allo stesso organo giudicante [32].

Come si vede, simile schema della «delega di bilanciamento» risulta implicito nella stessa struttura delle disposizioni CEDU, in cui, accanto al riconoscimento di un diritto o di una libertà, stanno una serie di limiti formulati in modo assai «elastico». Lo stesso diritto vivente di Strasburgo può, al pari di quello delle corti costituzionali, essere in gran parte ricostruito come un insieme di bilanciamen-

---

[30] C.S.M., sez. disc., sent. 5 luglio 1985, cit.

[31] La sentenza della Corte europea che viene citata è quella del 23 giugno 1981, *Le Compte*.

[32] La conferma della decisione del C.S.M. cit. è giunta dalla stessa Cassazione (Cass., sez. un., 10 luglio 1991 n. 7662, cit.), che ammette la possibilità di derogare alla pubblicità nei soli casi stabiliti dalla CEDU e in base alla valutazione del giudice (osservando come nel caso *de quo* non risultavano sussistere simili ragioni, né che queste fossero state invocate tempestivamente, ovvero disattese dal collegio giudicante). Un caso interessante, che può essere riletto alla stregua della «delega di bilanciamento» (ottenuta però direttamente dalla CEDU senza filtro del suo «diritto vivente»), è la decisione in cui il giudice rilevava l'assoluta contrarietà con l'art. 8 CEDU della norma interna che imponeva al datore di lavoro l'obbligo penalmente sanzionato di denunziare l'assunzione di un dipendente straniero (Pret. Udine, 12 marzo 1969, riportata da F. RASPADORI, *op. cit.*, 66 ss.). Simile contrasto, che per il giudice determinava l'abrogazione della norma interna, veniva rilevato all'esito di un test condotto *anche* alla luce delle limitazioni ammesse al comma 2 dell'art. 8 CEDU (la misura non poteva dirsi rientrante nella esigenza di garantire il «benessere economico del paese»). Questo potrebbe leggersi come un caso di «errato bilanciamento», nella misura in cui esclude drasticamente la compatibilità tra norma interna e tutela della vita privata e del domicilio, ai sensi della CEDU, la quale, invece, laddove ammette il limite della «sicurezza pubblica» sembra tollerare quel tipo di restrizioni almeno rispetto a determinate categorie di imprese (quelle strategiche per la sicurezza dello Stato, ad es.). Ma è intuibile che, in presenza di una giurisprudenza europea chiarificatrice sul punto, il giudice nazionale avrebbe potuto restringere la portata materiale della norma interna, senza giungere all'abrogazione.

ti. Per cui, una giurisprudenza CEDU che fornisca *chiari* test giurisprudenziali sul corretto bilanciamento dei beni e degli interessi in gioco rispetto a casi identici o almeno omogenei potrebbe offrire uno strumentario notevole al giudice nazionale determinato a piegare la rigidità di certe disposizioni di legge in favore delle «esigenze del caso». Il rischio che ciò possa produrre tensioni e crisi nei rapporti tra giudici e legislatore, nonché tra giudici e Corte costituzionale, è in parte fugato dallo stesso andamento incostante della giurisprudenza europea, che non sempre offre appigli davvero sicuri ai giudici interni [33]. Ma prescindendo da questo e anzi auspicando l'affermarsi di un «diritto convenzionale vivente» davvero autorevole, occorre ribadire come, sul versante interno, il pericolo di accavallamenti tra *controllo di convenzionalità diffuso/controllo di costituzionalità accentrato* vada superato attraverso una maggiore intellegibilità delle pronunce della Corte costituzionale con riguardo agli standard di tutela minimi imposti da Strasburgo e alla loro capacità di innestarsi con l'ordinamento statuale.

---

[33] Cfr. quanto affermato dal giudice M. Martens, nell'opinione separata del caso *Fischer* c. *Austria* (sent. 26 aprile 1995, Serie A n. 312): «*C'est à juste titre que la Cour a l'habitude de souligner que c'est d'abord aux autorités nationales qu'incombe la protection des droits et libertés au regard de la Convention. Il lui faut cependant se souvenir que le revers de la médaille est que les autorités nationales sont obligées de rechercher des directives dans sa jurisprudence. Aussi est-elle tenue de veiller à ce que cette jurisprudence réponde exactement aux mêmes normes de clarté, de précision et de prévisibilité, qui est l'aune à laquelle la Cour mesure généralement les législations des Etats membres en matière de droits et de libertés*». Cfr. J.F. FLAUSS, *Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif (janvier-juin 1995)*, in *AJDA*, 1995, 723 s.; ID., *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?*, cit., 719.

LA DOTTRINA DEL MARGINE DI APPREZZAMENTO TRA SINDACATO GIURISDIZIONALE E GIUSTIZIA POLITICA

LAURA OLIVIERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. «Ricchezza della diversità» e deroghe/ingerenze al sistema CEDU – 3. La CEDU come insieme di principi generali del diritto. – 3.1. (*Segue*). 3.1.1. La CEDU come collazione di fini da realizzarsi negli Stati. – 3.1.2. La CEDU come disciplina *standard* minima di base. – 4. Le clausole derogatorie come elementi di flessibilizzazione politica del sistema – 5. Il caso *Matthews*: la Corte di Strasburgo come *reductio ad unum* del sistema di tutela dei diritti.

1. PREMESSA

Nel sistema della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), per «dottrina del margine di apprezzamento [1]» si intende quel particolare modo di essere nell'applicazione della CEDU da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, avente l'effetto di giustificare, nei vari Stati membri, misure derogatorie o comunque di «ingerenza» nei diritti tutelati, diritti, la salvaguardia dei quali costituirebbe lo scopo unico e preminente dello stesso ordinamento convenzionale CEDU [2].

Sulla base testuale offerta dalla CEDU e protocolli aggiuntivi, si sarebbe pertanto ritenuta ammissibile fin dall'inizio una disomogeneità di regime da Stato a Stato in materia di diritti, e conseguentemente una possibile divaricazione dal sistema generale CEDU, lasciata, appunto, entro una certa estensione, all'apprezzamento del singolo Stato.

In particolare gli artt. 5, 8-11, 14, 1 Protocollo I, consentirebbero mere «ingerenze» degli Stati, rispettivamente, nei diritti alla libertà ed alla sicurezza; al rispetto della vita privata e familiare; alla libertà di pensiero, di coscienza e di reli-

---

[1] Dati gli scopi del presente contributo ci si limiterà ai riferimenti bibliografici strettamente inerenti al discorso, mentre si rinvia alla relazione di F. DONATI-P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in questo vol., per la bibliografia di base.

[2] Si v. il Preambolo alla Convenzione, come adottata a Roma il 4 novembre 1950.

gione; alla libertà di espressione; alla libertà di riunione e di associazione; alla non discriminazione; alla proprietà, mentre l'art. 15 costituirebbe dal canto proprio la base testuale normativa per vere e proprie «deroghe» in caso di «stato di urgenza» alle obbligazioni previste dalla Convenzione, con la sola eccezione degli artt. 2 (diritto alla vita); 3 (divieto della tortura), 4 § 1 (divieto di schiavitù e servitù); e 7 (nessuna pena senza legge), sempre assolutamente inderogabili.

«Dottrina del margine di apprezzamento» costituirebbe precisamente la *ratio decisionis* delle pronunce, in forza delle quali il Giudice della Corte di Strasburgo avrebbe prestato cognizione dell'avvenuta deroga o ingerenza nel diritto garantito dalla Convenzione, per deciderne della liceità o meno.

Dovendo al contempo giudicare di violazioni della CEDU, evitando tuttavia di oltrepassare la soglia di apprezzamento riservata agli Stati contraenti, nelle materie *de quibus*, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe modulato il proprio sindacato al fine di lasciare un generoso spazio di manovra agli Stati, così da ammettere in fatto una potenzialmente grave differenziazione da Stato a Stato nella garanzia di un medesimo diritto, come pure rispetto al quadro generale della disciplina CEDU di base.

Ma in ogni caso, per quanto possa prefigurarsi un confine mobile [3] – ovviamente non definitivamente precisabile, e affidato interamente al Giudice – tra la misura del lecito, perchè interno al margine, e quella dell'illecito, perchè oltrepassante il margine stesso di apprezzamento, la predetta giurisprudenza viene generalmente interpretata come effetto di correttezza e *self-restraint* [4] del Giudice, nell'idea, evidentemente, parrebbe, che la giurisdizione della Corte di Strasburgo potrebbe spingersi ad un controllo maggiormente pervasivo, sol che lo divisasse.

Che peraltro, specie in riferimento a taluni dei presupposti CEDU per procedere alla misura derogatoria o di ingerenza nel diritto, come ad es. rispettivamente nell'accertamento dello «stato di urgenza» a norma dell'art. 15 CEDU, o della «necessarietà» della misura, come ad es. negli artt. 8-11 CEDU e 1 Prot. agg. I, si innestino comunque nel giudizio elementi di valutazione di carattere discrezionale sull'operato degli Stati sembrerebbe del pari evidente [5], cosicché, bisognerebbe concludere, propriamente al dovere di garantire sempre un'area di rispetto alla politica dovrebbe ricondursi in definitiva il suddetto *self-restraint* della Corte.

Vorrei peraltro offrire di seguito un semplice contributo di razionalizzazione al quadro così delineato, avendo riguardo ad una distinzione preliminare, forse non interamente avvertita, che mi sembra vada sottolineata.

---

[3] Così ancora F. Donati-P. Milazzo, *op. cit.*, in questo vol.

[4] *Ibidem*; così anche D.-U. Galletta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione Europea del Diritti dell'Uomo, fra principio di necessarietà e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 750.

[5] F. Donati-P. Milazzo, *op. cit.*, in questo volume, specie in rapporto con il parametro dell'art. 15 CEDU.

2. «Ricchezza della diversità» [6] e deroghe/ingerenze al sistema CEDU

Posto che con evidenza la dottrina del margine di apprezzamento demarchi un confine tra le competenze degli Stati ed il sindacato dalla Corte CEDU, ai fini di un corretto funzionamento della stessa CEDU [7], ancora nulla si sarebbe veramente detto in ordine ai presupposti generali giuridico-interpretativi che presiedano alla funzionalità della dottrina medesima, che costituirebbero i criteri, appunto, per predeterminare e regolamentare il punto in cui segnare il menzionato confine tra l'ordine degli Stati e quello del sindacato della Corte CEDU.

Un conto la valenza, che non si voglia puramente emblematica, della predetta dottrina, come termine da giustapporre tra la Corte e gli Stati, altro diverso conto i presupposti interpretativi che ne giustifichino e quindi permettano di controllarne dall'esterno la funzionalità.

Naturalmente il discorso che segue non si riferisce ai criteri particolari, ancora passibili di opera interpretativa, che la dottrina ha identificato a partire dal contenuto degli articoli CEDU rilevanti, quanto piuttosto ai diversi possibili criteri che costituiscono l'approccio generalissimo preliminare all'interpretazione della CEDU stessa, in riferimento anche alle clausole derogatorie nella medesima contenute.

Mi parrebbe, infatti, diverso affermare, come diversamente di regola cumulativamente mi pare accada, che in un sistema ampio come quello CEDU:

– sia necessario far distinzione tra questioni che vanno decise dalle singole comunità statuali rispetto a questioni di rilevanza tale da richiedere un trattamento uguale dappertutto,

rispetto all'affermare:

– che in determinati ambiti ed in considerazione di particolari necessità sono consentite deroghe (o ingerenze) nei diritti CEDU da parte degli Stati.

Entrambe le affermazioni vengono, mi pare, di regola poste sotto la comune egida della dottrina del margine di apprezzamento e sono forse del pari sostenibili dalla medesima: si tratta, tuttavia, di situazioni ben diverse, riconducibili anche ad un diverso modo di intendere la tutela dei diritti dell'uomo come prefigurata dagli articoli della CEDU.

A riguardo, si potrebbe ad un primo esame ritenere che ciascun diritto conoscerebbe nella CEDU una tutela che potrebbe definirsi approssimativamente di tipo molto generale, vale a dire non analiticamente precisata, ma per princìpi o

---

[6] La definizione si deve a Mahoney, *Marvellous Richness of Diversity or Invidious cultural Relativism?*, in AA.VV., *The Doctrine of the margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights*: *Its Legitimacy in Theory and Application in Practise*, in *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n. 1, 1, cit. in D.-U. Galletta, *op. cit.*, 749.

[7] D.-U. Galletta, *op. cit.*, 750.

standards onnicomprensivi, dove il diritto è individuato in termini assai generali o di principio.

Tuttavia, il discorso mi parrebbe non scontato, ed ancora suscettibile di opportune distinzioni, in cui, a mio avviso, starebbe uno snodo interpretativo della CEDU cruciale.

Più propriamente: la tutela del diritto avviene attraverso la definizione di un vero e proprio principio generale normativo, oppure è intesa come risultato finale da raggiungersi in via di fatto, ed a cui devono orientarsi gli Stati?

La differenza di risultato interpretativo appare saliente, e da vedersi in relazione con la distinzione sopra proposta tra differenziazione di regime giuridico da Stato a Stato nei diritti CEDU (la «*Richness of DiversitY*»!), rispetto alle deroghe – in senso lato – alla stessa CEDU.

Progongo qui di seguito una breve disamina delle diverse linee interpretative con le rispettive conseguenze in riferimento al diverso significato allora assunto della «dottrina del margine di apprezzamento».

3. La CEDU come insieme di principi generali di diritto

Se il diritto CEDU è tutelato mediante la statuizione di un principio generale, inteso in senso stretto, la disciplina differente da Stato a Stato verrebbe ancora ad assumere un duplice possibile significato: verrebbe a costituire, in alternativa, una semplice particolarizzazione del principio generale, oppure una vera e propria deroga – in senso lato – al principio stesso.

Nei termini invero della progressione da genere a specie si ammette, per definizione, che diverse specie siano contenute nel medesimo genere, ovvero costituiscano appunto una applicazione particolare di quell'unico genere considerato.

Se diverse specie sono contenute in potenza in un medesimo genere, come insegnerebbero i princìpi della logica in relazione con le categorie ontologiche, di conseguenza, qualsiasi differenziazione specifica conterrebbe interamente il genere di partenza, a cui si aggiungerebbe, appunto, la differenza specifica considerata: appare quindi possibile coniugare, in ciascuna specie, un elemento comune di carattere generale con la differenza (specifica) competente a ciascuna delle diverse specie, qualora quest'ultime siano tutte discendenti da un unico genere.

Nel nostro caso differenziazioni particolari, a titolo di specificazioni della tutela di un diritto riconosciuto in via di principio generale nella CEDU, non soltanto non si porrebbero in contraddizione con il detto principio (nel quale infatti sarebbero da considerarsi contenute in modo potenziale), ma precisamente ne costituirebbero la necessaria applicazione (= specificazione) in casi e situazioni particolari, varianti da Stato a Stato.

In tale configurazione il sindacato della Corte di Strasburgo, senza nulla appetere al discrezionale, avrebbe l'obbligo di verificare se una particolare disciplina nel singolo Stato costituisca una variante ammessa, in quanto di carattere specifi-

catorio, all'interno del principio normativo generale contenuto nel testo CEDU.

Se, per contro, la disciplina nel singolo Stato non si ponesse come riconducibile al principio generale, la Corte sarebbe tenuta a concludere *in primis* per l'avvenuta violazione della CEDU, in quanto ci si troverebbe fuori dal principio generale ammesso, laddove «fuori» significherebbe propriamente appartenenza ad un principio generale a sè stante, non ricomprensibile e diverso rispetto a quello inserito nella carta CEDU.

In secundis la Corte dovrebbe decidere in ordine alla ammissibilità (della misura) dell'allontanamento dalla CEDU da parte dello Stato.

Orbene, se il giudizio si arresta *in limine* alla avvenuta constatazione della inseribilità o non inseribilità della misura applicata dallo Stato nel quadro generale del diritto contenuto nella CEDU, si prefigurerebbe un mero giudizio di congruenza tra la misura particolare adottata in uno Stato in ordine ad un diritto e quanto potenzialmente possa di tale misura essere contenuto nella disciplina generale CEDU: si tratterebbe di un'operazione logica non agevole, comportando una discesa da genere a specie passibile di errori di prospettiva, ma che comunque resterebbe nei limiti di un apprezzamento giudiziale tipico, scevro da elementi di discrezionalità.

Va da sè che qualora, poi, si riconosca nella disciplina dello Stato considerato una semplice applicazione particolare del principio generale CEDU non avremmo violazione di questa, mentre al contempo riposerebbe nella discrezionalità del singolo Stato – insindacabile da parte della Corte – decidere la scelta della preferita tra le varie possibili specificazioni normative interne al principio generale CEDU.

La giustificatezza – ed anzi la necessità di discipline differenziate nelle varie comunità politiche del medesimo diritto tutelato in modo generale in sede CEDU – non solo non la contraddirebbero, ma si porrebbero in perfetta consequenzialità con essa, sì che l'eventuale giudizio della Corte significherebbe verifica mera della riconducibilità logica della disciplina particolare al principio CEDU generale: in tal caso «margine di apprezzamento» sarebbe la definizione attribuita al legittimo potere di ciascuno degli Stati di adattare al proprio caso specifico la carta CEDU.

Se invece la Corte accertasse a carico di uno Stato l'avvenuta divaricazione rispetto al principio generale – non solo quindi la modulazione a titolo di mera specificazione di una normativa generale della CEDU – il relativo giudizio resterebbe ancora nei limiti della tecnicità giudiziale qualora si limitasse alla constatazione dell'avvenuta fuoriuscita dal principio generale, mentre se si spingesse a valutare l'ammissibilità ulteriore della estensione qualitativa o quantitativa di tale fuoriuscita dovremmo riconoscere in tale ultimo fatto una vera e propria valutazione di carattere discrezionale, in poche parole quello che costituirebbe forse ancora un giudizio, ma di carattere squisitamente politico.

In tale ultimo caso per «margine di apprezzamento» riservato agli Stati di intenderebbe il titolo giuridico idoneo a consentire una violazione della CEDU, la valutazione dell'ammissibilità dell'entità della quale verrebbe affidata *sic et sim-*

pliciter alla Corte europea dei diritti: il supposto *self-restraint* della medesima non potrebbe mai propriamente definirsi tale, comportando il predetto giudizio, di mestieri, una invasione della discrezionalità politica, laddove una forma attenuata di *self-restraint* di secondo grado potrebbe identificarsi nella costumanza giurisprudenziale di ammettere per lo più come non illegittima la violazione derogatoria (in senso lato) del principio generale CEDU.

Crederei, in effetti, che soprattutto a tale ultimo caso debba applicarsi, salvo esame diretto della giurisprudenza caso per caso, la formula definitoria della «dottrina del margine di apprezzamento», quest'ultima in ciò stesso troverebbe la propria giustificazione di opportunità, per quanto occorra essere consapevoli della valutazione puramente politica connessa con il giudizio della Corte ad essa inerente.

Infatti, fatte le debite constatazioni o meno di appartenenza di una disciplina normativa specifica in uno Stato al principio generale CEDU – ai sensi della prima delle possibili interpretazioni sopra proposte – non si potrebbe mai dubitare del buon titolo (= margine di apprezzamento nel primo significato) per uno Stato di applicare un principio generale CEDU nella maniera particolare decisa per propria scelta politica, senza che in tale scelta la Corte possa più a nessun diverso titolo interagire.

Al contrario, motivo precipuo di interesse per il giurista risiederebbe nel diverso problema dell'ammissibilità delle deroghe al principio generale anzidetto – (deroghe in senso proprio, intese come resezioni dell'intero diritto, oppure «ingerenze», vale a dire compressioni del medesimo) – precisamente in tale interesse troverebbe luogo ed esistenza la «dottrina del margine di apprezzamento» *pleno nomine*, come contenuto di un giudizio, necessariamente fatalmente valutativo, sulla ampiezza e giustificatezza del comportamento degli Stati in deroga (in senso lato) alla CEDU.

3.1. (*Segue*)

Nei termini del discorso sin qui condotto sarebbe come dire che uno Stato si riterrebbe «Stato-CEDU regolare» sia che osservi la CEDU al 100%, sia che la osservi in misura percentuale inferiore, ma «quanto» inferiore, per continuare ad essere «Stato-CEDU», lo potrebbe decidere soltanto la Corte europea dei diritti dell'uomo, che con la dovuta prudenza (= *self-restraint*), appunto, vi addiverrebbe.

A riprova di tale fatto si possono considerare i parametri di giudizio dela Corte stessa in materia, in particolare quello della «proporzionalità» [8], oppure quello della «necessarietà» [9] della misura derogatoria.

---

[8] Per l'esame della giurisprudenza in materia si vedano i riferimenti bibliografici e la dottrina citata nelle note che precedono.

[9] Si v. alla nota che precede.

Posto che il giudizio di «necessarietà» a tutta evidenza importi per definizione apprezzamenti *in re ipsa* di tipo discrezionale e valutativo, più complesso apparirebbe il giudizio imperniato sull'applicazione del parametro della «proporzionalità», per quanto altresì in quest'ultimo si innestino più che probabili elementi di discrezionalità ed opinabilità di giudizio.

Proporzionalità, invero, come parametro di ammissibilità del margine di apprezzamento applicato in una misura derogatoria molto in generale viene inteso nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo in termini di adeguatezza della misura al fine perseguito, con parole della Corte, «*there must be a reasonable relationship between the means employed and the aim pursued*» [10].

Ora, una ulteriore ambiguità va riscontrata nel significato del rapporto mezzo-fine: sotto un primo profilo il fine di una certa misura o provvedimento – specie se di carattere normativo, piuttosto che un mero comportamento di fatto di uno Stato, entrambi comunque esposti al sindacato CEDU – potrebbe intendersi come coincidente con il «fine intrinseco», o la «causa» in senso giuridico, della misura stessa, con ciò intendendosi l'operazione che immediatamente si attua nel momento dell'applicazione pratica della misura considerata.

In tale significato non si ravviserebbero problemi particolari di congruità del mezzo al fine voluto, posto che questo si realizzerebbe automaticamente mettendo in opera il mezzo designato [11]: con una certa approssimazione si potrebbe concludere che se la misura statuale comportante violazione della CEDU apparisse in diretto rapporto con un certo fine, gli aspetti discrezionali di un relativo giudizio apparirebbero quantomeno limitati e comunque non di perfetta evidenza; diversamente, la correlazione tra una certa misura ed un fine veramente estrinseco alla stessa comporterebbe un massimo grado di discrezionalità nella scelta della misura stessa e di conseguenza del relativo responso giudiziale.

Infatti, nessun essere umano, se non per puro effetto di opinabilità, utilizzando il giudizio empirico dell'*id quod plerumque accidit* – come tale non aprioristicamente prevedibile con certezza – potrebbe essere in grado di garantire il conseguimento di un certo risultato di fatto, attraverso la messa in opera di qualsivoglia misura o provvedimento materiale indiretto, cioè non immediatamente attuativo di per sè del risultato voluto.

La compiutezza a priori della misura al fine considerato, anche allorquando il fine fosse già predeterminato nella CEDU («società democratica»; «sicurezza nazionale»; «ordine pubblico»; «benessere economico del paese» etc. a mente del catalogo contenuto negli artt. 8 e ss. precitati della CEDU), potrebbe essere oggetto di una valutazione di competenza della sola politica, oppure – ma occorre

---

[10] Sent. 19 dicembre 1989, *Mellacher*, cit. in D.-U. GALLETTA, *op. cit.*, 765.

[11] Su queste problematiche mi sia consentito rinviare, per una più generale trattazione, a L. OLIVIERI, *Il valore del fatto nel significato della legge. Note critiche sul giudizio di costituzionalità della «situazione normativa» e/o della «portata normativa di una legge»*, in E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, *Il giudizio sulle leggi e la sua «diffusione»*, Torino, 2002, 607 ss.

esserne conscienti – di un'istanza giurisdizionale avente ancora per proprio oggetto la giustezza o la giustizia dell'azione politica.

In conclusione, la giurisprudenza della Corte CEDU in materia di «margine di apprezzamento» non apparirebbe scevra di «contaminazioni» valutative, per quanto si cerchi di tecnicizzare il discorso in termini quanto più rigorosamente giuridici.

3.1.1. *La CEDU come collazione di fini da realizzarsi negli Stati*

Se, poi, come anticipato più sopra, in correlazione con un certo modo parateleologico di appalesarsi delle stesse formule testuali della CEDU, a partire dalla intitolazione «Convenzione *per* la salvaguardia dei diritti …» e poi in riferimento ai vari diritti: *alla* vita, *al* rispetto della vita privata, *ad* un processo equo, etc.), si volesse intendere, per un diverso percorso interpretativo, la definizione dei diritti contenuta nella CEDU non al titolo di un catalogo di norme e princìpi generali (sia pure con le non univoche conseguenze che nelle considerazioni che precedono si è tentato di lumeggiare), ma come una collazione dei fini, o meglio dei risultati da ottenersi di fatto, anche intesi – si è visto più sopra – come *esterni* alla messa in opera diretta di una legge o di un provvedimento materiale, *fini* dunque che gli Stati contraenti si impegnano a perseguire e realizzare attraverso le discipline normative e l'azione pubblica in genere, ebbene, *ictu oculi*, leggi ed azione statali sarebbero nel proprio insieme, quale che ne sia l'oggetto o la natura della regolamentazione, valutabili alla stregua della idoneità alla realizzazione del fine (*rectius*: del diritto *in factum esse*) salvaguardato nella CEDU.

Vorrebbe dire abbattere l'ultimo baluardo, prima dell'estensione all'indefinito, al di qua di qualsivoglia criterio regolativo, del sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle scelte della politica: parlare di «dottrina del margine di apprezzamento» significherebbe al più alludere al modo prudente, basato su conclamate massime di esperienza, con cui la Corte europea dei diritti estrinsechi la propria funzione di giudice dei fini, che è come dire, della politica.

3.1.2. *La CEDU come disciplina* standard *minima di base*

Ancora, secondo un ulteriore cammino interpretativo, considerare la CEDU un catalogo di livelli *standard* minimi comuni dei diritti, che ogni Stato potrebbe garantire in modo più ampio, implicherebbe, in sostanza, l'assurda preclusione di scostarsi dalla soglia minima descritta, ed una incompatibilità, pertanto, con ulteriori attenuazioni o *relaxationes* delle regole CEDU, in contraddizione con il dettato testuale che ne facoltizza infatti, se del caso, le deroghe: in tale ipotesi interpretativa il «margine di apprezzamento» non troverebbe luogo ad esistere; a meno di non concludere che, per quanto minima a regime ordinario, la soglia *standard* dei diritti CEDU sarebbe suscettibile di limitazioni aggiuntive nelle cir-

costanze particolari, o, ancora, per i *fini* che ne costituiscono il presupposto di limitabilità. Ma in tale ultima situazione si ricadrebbe ancora in sostanza nell'alternativa di considerare la CEDU un catalogo di regole oppure di fini, con tutte le conseguenze già sopra analizzate.

4. Le clausole derogatorie come elementi di flessibilizzazione politica del sistema

Porre in luce gli elementi di politicità nella dottrina del margine di apprezzamento non significherebbe soltanto stigmatizzare – sulla scorta di abitudini mentali ed esigenze tipicamente avvertite dal costituzionalista, addestrato a rintracciare contraddizioni e confusioni di poteri, oppure inficiature della politica in ambiti, come quelli giurisdizionali, che dovrebbero nella fisiologia del sistema andarne esenti – un sindacato che del tutto meramente giurisdizionale in senso tecnico-giuridico non potrebbe mai risultare, anche soltanto a partire dal significato invero valutativo e discrezionale, come sopra analizzato, dei supposti parametri di «necessità» e di «proporzionalità».

Occorrerebbe infatti meglio caratterizzare il significato delle clausole derogatorie nel testo CEDU, come pure la consequenziale «dottrina del margine di apprezzamento» imperniatavi.

Palesemente queste costituirebbero clausole di flessibilizzazione del sistema CEDU, consentendo a ciascuno Stato in linea di principio debite differenziazioni, non soltanto in nome della salvaguardia della «ricchezza della diversità», bensì, molto più banalmente, in considerazioni di scelte discrezionali che appositamente si intendono riservate agli Stati, si potrebbe dire, a titolo di prerogativa, irrilevante l'esistenza o meno di obiettive esigenze particolari tali da giustificare la differenziazione: anche l'obiettività delle dette esigenze ricadrebbe nel metro di valutazione della politica (anche se, come si è visto, non del tutto insindacabile) dei vari Stati.

Si tratterebbe a mio avviso di un elemento di vera politicità, ancorché inserito in un testo che si voglia intendere come giuridico, avente lo scopo di tenere insieme come un tutto – al contempo – unitario, l'intera e variegata costellazione degli Stati membri della Convenzione europea, in carenza del quale il sistema stesso deflagrerebbe.

Fattori di elasticità consimili si riscontrano negli Stati federali, ad es. Canada o Sud Africa, in correlazione con il fine di trattenere una temuta diaspora o comunque gravi squilibri nell'ordine interno, col nome di «clausole limitative fondamentali» [12] contenute nella carta costituzionale insieme con il catalogo dei di-

---

[12] In argomento, si v. in generale, R. Francesca, *Limiti ai diritti e clausole orizzontali: Canada, Nuova Zelanda, Israele e Sudafrica a confronto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2002, 633.

ritti, ed in forza delle quali si facoltizza il legislatore, per certi ristretti ambiti territoriali e per periodi di tempo determinati, a derogare o comunque limitare i diritti già previamente conclamati e precisati in costituzione.

Tipicamente, direi, siffatte clausole esistono laddove esiste una Carta dei diritti, in se stessa intangibile e non mai denegabile, tuttavia momentaneamente e parzialmente da sospendere, purché in somministrazioni controllate e legali.

De iure condendo esse sembrerebbero presentare un indubbio vantaggio a fini di certezza di diritto, ed anche della *actio finium regundorum* tra politica e sindacato giudiziario, a differenza del «margine di apprezzamento», eccessivamente abbandonato all'alea della Corte strasburghese.

Al di là di questo, e, sottolineo, in via, al lato pratico, consapevolmente utopica, credere nel «tribunale della politica» sarebbe credere nella possibilità oggettiva della giustizia, o meglio di una «giustezza» insita o realizzabile nell'ordine delle cose [13], che i governanti sarebbero intesi ad identificare e perseguire nelle scelte politiche, sì che politica sarebbe attività libera nel fine [14], secondo le definizioni correnti, (ed anche libera nel mezzo, si aggiunge, ritenuto migliore per il fine desiderato), nel senso di assenza di preclusioni aprioristiche nella definizione e perseguimento del fine stesso, ma pure sempre vincolata ad una giustezza *in re* che l'arte del politico sarebbe qualificata a rintracciare.

Dove diversamente [15] l'idea di giustizia, pur identificata con «*strategie di giustizia politica*» miranti a vincolare quanto più, attraverso regole e procedure i poteri pubblici alla giustizia, si integri di un significato meramente etico, e dunque per definizione esposto a valutazioni soggettive non univoche, nel modo più palese il «tribunale della politica» darebbe luogo ad un super-politico di controllo sui politici.

5. Il caso *Matthews*: la Corte di Strasburgo come *reductio ad unum* del sistema di tutela dei diritti

Che la Corte del resto sembri proporsi come superiore *reductio ad unum* in un senso più preciso e tecnicamente pregnante, perlomeno entro le possibilità mate-

---

[13] Sul significato oggettivo della «giustizia-giustezza», su cui in questa sede non è possibile sffermarsi, si v., eventualmente, L. Olivieri, *Limite ed irretrattabilità della giustizia. Corte costituzionale e giustiziabilità della Costituzione*, in A. Anzon-P. Caretti-S. Grassi, *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Torino, 2000, 604 ss.

[14] In argomento, con profili teorici, anche in relazione alle istituzioni comunitarie, si v. A. Rottola, *Controllo giurisdizionale e atti politici nel diritto dell'Unione Europea e nel diritto interno in materia internazionale*, Bari, 2001.

[15] Per tutti si v. il trattato di O. Höffe, *Giustizia politica*, Bologna, 1995. La citazione nel testo si trova a p. 404.

riali insite in una istanza meramente giurisdizionale, e quindi vincolante tendenzialmente, come istituto di *civil law* [16], nei soli limiti oggettivi e soggettivi del proprio giudicato, si potrebbe riguardare sotto un altro profilo critico.

Con la celeberrima sentenza sul caso *Matthews* contro *Regno Unito* [17] (sul diniego, nel caso di una cittadina di Gibilterra, del diritto di voto al Parlamento europeo in forza di un atto comunitario), come si sa, la Corte CEDU ha da una parte affermato l'intangibilità da parte della propria giurisdizione degli atti comunitari, ma dall'altra, nella medesima occasione, ha infine concluso come spetti alla responsabilità dello Stato membro della CEDU, qualora lo sia anche della Comunità Europea, far valere presso le istituzioni europee i diritti CEDU da quella violati.

Attraverso un tortuoso *iter* logico l'intero ordinamento comunitario, ivi compresa la Corte di giustizia che ne fa parte, verrebbe a subordinarsi, al pari degli Stati membri, alla giurisdizione della CEDU: essa infatti riuscirebbe ad estendere il proprio sindacato, all'apparenza riferito sempre alla sola sfera dei singoli Stati membri della CEDU, considerando il diritto comunitario un mero ordinamento di derivazione pattizia, pertanto ricadente in esclusiva nella volontà e responsabilità degli Stati contraenti, lungi dall'eccezione del relativo difetto di giurisdizione (trattandosi del Parlamento europeo e non di un organo del singolo Stato), e nonostante, ben differentemente, che le limitazioni di sovranità pur volute dagli Stati della U.E. abbiano dato luogo ad una istituzione integrata, e non soltanto ad un nuovo ordinamento giuridico pattizio.

L'argomento in verità formalistico, per quanto autodefinito come espressione, al contrario, di una tutela dei diritti «non teorica o illusoria, ma pratica ed effettiva» [18], quale quella garantita dalle norme CEDU, utilizzato nella sentenza, ed anche, come si è visto non del tutto conferente al vero, otterrebbe l'effetto di reintegrare il diritto comunitario in quello dei singoli Stati, con conseguente espansione della CEDU sulle istituzioni comunitarie, in quanto nelle medesime possa ravvisarsi comunque l'effetto della volontà di uno Stato, per quanto remota tale causa possa essere.

Si potrebbe osservare che il rapporto causa-effetto ammesso dalla Corte CEDU per integrare una fattispecie sottoponibile alla propria giurisdizione apparirebbe concettualmente assai lontano dal principio di causalità «diretta» che di regola si adotta nell'ambito giuridico, ma ciò appare più che altro sintomo tra gli altri di una giurisprudenza non solo aggressiva, come è stato detto [19] nei con-

---

[16] Per la prevalenza dela tradizione occidentale di *civil law* nel sistema di tutela dei diritti previsto nella CEDU, si v. il riferimento in F. DONATI-P. MILAZZO, *op. cit.*, in questo volume.

[17] Sent. 18 febbraio 1999.

[18] Si v. p. 34 del dattil.

[19] G. ZAGREBELSKY, *Relazione* del 12 gennaio 2001 nel seminario presso la LUISS, *I mutamenti costituzionali nel quadro dell'integrazione europea*. *Contra* A. PACE, *La limitata incidenza della C.E.D.U. sulle libertà politiche e civili in Italia*, in *Dir. pubbl.*, 2001, 1.

fronti soprattutto delle Corti interne agli Stati, ed ora anche della Corte di giustizia CEE, col rischio di delegittimarle [20], ma soprattutto per quanto mi sembrerebbe di dover osservare, intesa a sovrapporsi *in toto* ai sistemi ordinamentali sia statuali che comunitari, all'insegna della tutela dei diritti.

La partita sarebbe peraltro appena iniziata, modifiche ed aggiustamenti apparendo del tutto prevedibili.

Anche nell'eventualità di conflitti tra le varie Corti, da anni latenti, incerto apparirebbe al presente ipotizzare un possibile vincitore, mentre altri esempi potrebbero essere sinonimi di una forse possibile reciproca autonomia tra le Corti [21], specie tra quella di Strasburgo e quella del Lussemburgo – un qualche detrimento potrebbe invece colpire comunque le Corti costituzionali degli Stati – ciò che in questa sede mi premerebbe mettere in luce è tuttavia una diversa questione, vale a dire il significato – ipotetico – della eventuale prevalenza della Corte CEDU, con possibilità per quest'ultima di toccare entrambi gli ordinamenti, sia quelli interni degli Stati, come pure quello del diritto comunitario.

Non si tratterebbe infatti di una alternativa di valore biunivoco, fungibile dal punto di vista formale, con una eventuale prevalenza piuttosto della Corte di giustizia del Lussemburgo: una definitiva *reductio ad unum* nelle mani del Giudice CEDU avrebbe comunque un valore più grave ed in genere temibile, rispetto alla Corte di giustizia CEE.

La differenza fondamentale è che, nella tutela dei diritti, mentre sia (volendole considerare) le Corti costituzionali interne, sia la Corte di giustizia CEE appaiono oggi organi giurisdizionali inseriti in una statualità (intendendosi come tale in senso lato anche l'istituzione comunitaria), ed appartenenti a questa, la Corte CEDU sarebbe del tutto svincolata da qualsiasi forma istituzionale pubblica, sorreggendosi soltanto in forza del proprio trattato istitutivo, dal quale soltanto trarrebbe la propria forza giuridica e la legittimazione.

Il problema non consisterebbe tanto nella maggior difficoltà di realizzazione del diritto pronunciato in una sede giurisdizionale di carattere pattizio o arbitrale, ove tutto dipenderebbe dalla buona volontà di adempiere degli Stati contraenti (sia pure con i correttivi previsti dall'art. 46 CEDU, che solida la forza vincolante delle sentenze della Corte non solo all'impegno degli Stati, ma altresì prevede che il Comitato dei Ministri ne sorvegli l'esecuzione), in confronto con i diversi e più sicuri mezzi giuridici posti a presidio dell'esecutività delle sentenze nei diritti interni: vero problema a mio avviso connesso con qualsiasi tribunale internazionalistico, tanto più gravemente se l'istanza giurisdizionale comporti sovraordinazione rispetto ad altre, nonché vocazione generalista al titolo di tutela dei diritti, sarebbe dato dal fatto che, in questo caso, con significativa differenza rispetto ai precedenti, si ravviserebbe una pura giurisdizione non accompagnata da statualità.

---

[20] G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

[21] Per l'esame di queste problematiche rinvio alle varie relazioni del convegno, in questo volume.

In una tale corte di giustizia il potere di rescritto si darebbe disgiunto dall'*imperium*.

D'ordinario si ha, come ben si conosce, un tribunale costruito sì con garanzie di indipendenza, ma posto all'interno di una comunità politica, a nome della quale amministra la giustizia.

L'assenza di *imperium*, vista comunemente in dottrina come qualifica negativa, svalutativa dell'effettività del tribunale pattizio, significa anche, laddove, di fatto, i rescritti del medesimo siano fedelmente ottemperati dai destinatari, distanza dalle responsabilità inerenti all'esercizio della giustizia, ed in forza delle quali la giustizia si intende resa in nome del popolo o di diverso potere sovrano, vale a dire come estrinsecazione, tra le più tipiche, coessenziali ed eminenti, della statualità.

Ovviamente, la derivazione remotamente statuale dei giudici pattizi non potrebbe rilevare che in modo del tutto formale, trovandosi comunque il tribunale, per venire riconosciuto come tale, formato con garanzie di indipendenza.

Il trattato originante, di poi, verrebbe a consistere nella unica fonte di legittimazione del tribunale stesso, laddove in un ordinamento interno statuale la fonte definitiva di legittimazione della giurisdizione risiede ben più significativamente nella sovranità.

In breve, soltanto il sovrano sarebbe titolare del potere-dovere di rendere giustizia, altre differenti istanze apparirebbero, quando non meri *flatus vocis*, pericolosamente deresponsabilizzate.

Si noti, tra l'altro, che propriamente in forza del fatto per cui il tribunale di fonte pattizia viene costruito come indipendente, ne cessa al contempo la natura di «giurisdizione tra pari» – cioè tra gli Stati – sulla scorta ad esempio delle giurisdizioni di prerogativa come quelle del Parlamento o della Corte costituzionale italiana sui propri membri, che rappresenterebbe un modo per avvalorare le statualità altresì nella suindicata sede giurisdizionale internazionalistica.

Per di più, significativamente, il numero per definizione ristretto del collegio giudicante e comunque dei membri complessivi dell'intera Corte di giustizia pattizia sembrerebbe comportare un margine non esiguo di rischio, data la maggior suscettibilità a possibili condizionamenti in un gruppo ristretto piuttosto che in una compagine ampia.

In una possibile ipotesi patologica del sistema, se cioè il tribunale considerato non dovesse essere imparziale, per le ragioni più varie, oppure semplicemente errasse involontariamente nell'applicazione della legge – nel nostro caso, della CEDU – rendendo un giudizio ingiusto, la conseguenza più grave non sarebbe l'ottemperamento al *dictum* erroneo da parte dello Stato interessato, quanto piuttosto che il difetto del detto ottemperamento induca una pericolosa ricaduta politica, ad esempio legittimando agli occhi dell'opinione pubblica interventi *ab externo* nei confronti dello Stato «disubbidiente».

Aporie che si centuplicherebbero se la Corte CEDU, già connotata politicamente per i motivi sopra espressi, e sovraordinata sia al sistema ordinamentale della Convenzione che a quello U.E., costituisse degli stessi la definitiva *reductio ad unum.*

LA TUTELA DEL TERZO PRIVATO NEI CONFLITTI DI ATTRIBUZIONE IN TEMA DI INSINDACABILITÀ DELLE OPINIONI DEI PARLAMENTARI E LA GIURISDIZIONE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

FRANCESCO MARONE

1. Attraverso il prisma della giurisdizione costituzionale delle libertà possono individuarsi tre diversi sistemi di garanzie. Quelli in cui la giurisdizione costituzionale è piena, ovvero vi è la possibilità di adire la Corte costituzionale avverso ogni provvedimento promanante da pubblici poteri lesivo dei diritti fondamentali. Vi sono poi altri nei quali è possibile adire direttamente la Corte a tutela dei propri diritti, ma non avverso qualsiasi violazione [1]. Vi sono altri ancora, tra cui quello italiano, nei quali non può parlarsi di giurisdizione costituzionale delle libertà in senso stretto, poiché, pur essendovi, ovviamente, tutela dei diritti fondamentali da parte del Giudice costituzionale, essa è soltanto indiretta, come corollario dell'esercizio di altra e diversa funzione [2].

Il sistema di giustizia costituzionale italiano, come è noto, non prevede la possibilità del ricorso individuale alla Corte costituzionale, con il quale «*l'individuo, leso in un suo diritto fondamentale da atti del pubblico potere (legislativi, amministrativi ed anche giudiziari), dopo aver esaurito gli eventuali ricorsi e impugnazioni ordinari, può portare la propria lagnanza direttamente alla Corte costituzionale*» [3]

---

[1] È il caso, ad esempio, del sistema svizzero, nel quale è ammesso il ricorso diretto avverso qualunque tipo di atto pubblico, ma solo se promanante dalle autorità cantonali e non dal *Bund*.

[2] In questo senso si veda L. PALADIN, *La tutela delle libertà fondamentali offerta dalle Corti costituzionali europee: spunti comparatistici*, in AA.VV., *Le garanzie giurisdizionali dei diritti fondamentali*, a cura di L. CARLASSARE, Padova, 1988, 11 ss. Sugli elementi di diffusione che si rinvengono nel nostro sistema di controllo di costituzionalità accentrato si veda di recente AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Atti del seminario di Pisa svoltosi il 25-26 maggio 2001 in ricordo di Giustino D'Orazio*, a cura di E. MALFATTI-R. ROMBOLI-E. ROSSI, Torino, 2002; T. GROPPI, *Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Pol. dir.*, 2002, 217 ss.

[3] Così M. CAPPELLETTI, *Questioni nuove (e vecchie) sulla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Giudizio «a quo» e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 31 ss.

sicchè si conclude che non può parlarsi di giurisdizione costituzionale delle libertà in senso tecnico.

Come è noto, il dibattito sulla opportunità dell'introduzione di tal tipo di ricorso nel nostro ordinamento giuridico è stato piuttosto vivace [4] e non ha mancato di tener conto della possibilità, garantita a tutti i cittadini dei Paesi aderenti alla CEDU [5] (c.d. grande Europa), di adire direttamente la Corte europea dei diritti dell'uomo avverso atti dei pubblici poteri posti in essere in violazione di diritti. Si è sostenuto [6], più precisamente, che la mancanza nel nostro ordinamento di un ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali, può considerarsi colmata dalla possibilità, garantita a tutti i cittadini, di adire direttamente la Corte europea dei diritti dell'uomo, con un ricorso che è molto simile alla *Verfassungsbeschwerde* tedesca, salvo il fatto di avere quale parametro un catalogo di diritti internazionale piuttosto che nazionale [7]. In altri termini, la giurisdizione interna e quella della Corte europea in tema di diritti vanno lette in chiave di complementarietà [8], il che rende superflua l'introduzione di un ricorso diretto nel nostro ordinamento.

Ferma restando la validità delle affermazioni appena riportate non può tacersi, però, che la tutela offerta dalla Corte di Strasburgo è meramente risarcitoria [9],

---

[4] Per una accurata ricostruzione del tema si veda S. PANIZZA, *Il ricorso diretto dei singoli*, in AA.VV., *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, a cura di A. ANZON-P. CARETTI-S. GRASSI, Torino, 2000, 81 ss.

[5] Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed eseguita in Italia con la l. 4 agosto 1955, n. 848.

[6] M. CAPPELLETTI, *op. loc. cit.* Va detto per inciso che lo stesso M. CAPPELLETTI, ne *La giurisdizione costituzionale delle libertà* del 1951 aveva sostenuto esattamente il contrario, auspicando l'introduzione in Italia del ricorso diretto a tutela dei diritti fondamentali.

[7] Nella ricostruzione di M. CAPPELLETTI, *op. loc. cit.*, concorrono altre due considerazioni a far ritenere all'autore che l'introduzione di un ricorso diretto alla Corte costituzionale non sarebbe auspicabile. Si dice, infatti, in primo luogo che il sistema incidentale ha dato prova, negli anni, di un buon funzionamento, non lasciando significative «zone franche», per cui sarebbe rischioso introdurre un istituto che per sua natura comporta un aumento esponenziale dei ricorsi al Giudice costituzionale e che quindi potrebbe mettere in crisi il funzionamento stesso della Corte. In secondo luogo gli elementi di diffusione che si registrano nel controllo di costituzionalità hanno aumentato il tasso di concretezza della giustizia costituzionale. Si è affermata l'idea secondo cui l'interpretazione adeguatrice non è più una prerogativa esclusiva della Corte costituzionale, ma è, invece, compito di tutti i giudici, i quali diventano, per certi versi, essi stessi giudici di costituzionalità, tenuti ad applicare direttamente la Costituzione nella loro attività di interpretazione del diritto.

[8] Nel senso della complementarietà della giurisdizione interna e della giurisdizione di Strasburgo si veda C. MIRABELLI, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, Corte costituzionale, Servizio studi, 2000, 2 ss.

[9] V. ONIDA, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in AA.VV., *in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1095 ss., il quale, proprio in ra-

atteso che alla Corte stessa non è attribuito un potere di cassazione degli atti impugnati, e, d'altro canto, la complementarietà di cui si è parlato, se da un lato offre un maggior grado di tutela dei diritti fondamentali, dall'altro presuppone una divergenza di opinioni tra le Corti, giacché complementarietà qui vuol dire che chi non ottiene tutela attraverso l'esperimento dei rimedi giurisdizionali interni (ivi compreso il processo costituzionale) può ottenerla dalla Corte europea [10].

Alla volontà di ridurre il rischio di conflitti con la Corte europea sembra potersi ricondurre l'atteggiamento della Corte costituzionale italiana in relazione alla collocazione della CEDU nel sistema delle fonti. La Corte, infatti, non ha mai riconosciuto il rango di norme costituzionali alle disposizioni della CEDU, così da non dover adoperare quale parametro di giudizio lo stesso testo utilizzato a Strasburgo, il che reca con sé l'inevitabile possibilità di interpretazioni divergenti. Invero, nel caso in cui vi fossero interpretazioni discordanti vi è il rischio di un effetto delegittimante tipico dei contrasti giurisprudenziali con ricadute sulla nostra Corte e non su quella sopranazionale, atteso che «*la legittimità superiore che coinvolge più soggetti, più stati, prevale sulla legittimità del singolo, a meno che non ci sia una rivolta generalizzata ma questo non è immaginabile e non è stato immaginato*» [11].

Alla CEDU si è riconosciuto, nella giurisprudenza costituzionale, un valore soltanto di ausilio interpretativo delle disposizioni costituzionali [12], il che sembra

---

gione del carattere solo risarcitorio della tutela offerta dalla Corte europea, propende per la necessità della introduzione del ricorso diretto, poiché questo sarebbe uno strumento utile a riparare ad eventuali errori giudiziari. Ciò è tanto più vero se si considera che negli ordinamenti dove il ricorso diretto è riconosciuto, esso viene spesso utilizzato proprio per lamentare la violazione di diritti di carattere processuale.

[10] G. ZAGREBELSKY, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 102 ss.

[11] Così G. ZAGREBELSKY, *Dichiarazioni dei diritti e giurisdizioni nazionali e sopranazionali*, relazione tenuta all'incontro inaugurale del corso di dottorato di ricerca in «Giustizia costituzionale e tutela internazionale dei diritti fondamentali» dell'università di Pisa, gennaio 2001, il quale ritiene che in questo atteggiamento del Giudice costituzionale possa leggersi una *ratio* comune con quello tenuto nei confronti dell'ordinamento europeo, in ordine al quale, seppur con argomentazioni diverse, la Corte ha comunque evitato la sovrapposizione di giudizio con la Corte di giustizia. Nel senso di utilizzare lo schema della separazione di competenze tra i due ordinamenti, così come fatto con la sent. n. 170 del 1984 per l'ordinamento comunitario, al fine di riconoscere la supremazia delle norme della CEDU nel nostro ordinamento si veda B. CONFORTI, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 100 ss.

[12] Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388, in *Giur. cost.*, 1999, 2991 ss. In particolare laddove si afferma che «*al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione. Ciò che, appunto, accade per il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 Cost., che implica una ragionevole durata del processo*». La sentenza è commentata da L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, *ivi*, 3001 ss.; C. PINELLI, *La durata ragionevole*

discendere da varie esigenze, quali l'ossequio verso l'Europa, la deferenza verso i diritti umani e il timore di una condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo [13].

Pur individuate le ragioni che hanno spinto la Corte costituzionale a non riconoscere alle norme CEDU un valore analogo a quelle costituzionali si tratta di verificare se, in concreto, questa strada sia idonea e sufficiente ad evitare la possibilità di conflitti tra le due Corti.

Dall'analisi della giurisprudenza di Strasburgo emergono due possibili ipotesi di conflitto [14]. La prima si ha quando una stessa legge è ritenuta non viziata dalla Corte costituzionale interna, ma contrastante con la CEDU dalla Corte europea. La seconda si ha quando un soggetto ricorra alla Corte europea per censurare un processo costituzionale nel quale ritiene che siano stati violati i propri diritti e la Corte europea accerti una violazione della CEDU connessa allo svolgimento del processo costituzionale [15].

Nel primo caso la non coincidenza del parametro di giudizio tra Corte interna e Corte sopranazionale contribuisce a mitigare gli effetti del conflitto, che sarebbe evidentemente ancor più grave se lo stesso oggetto di giudizio venisse valutato in maniera discordante alla stregua dello stesso parametro.

La seconda ipotesi, di contro, appare problematica indipendentemente dalla collocazione della CEDU a livello primario piuttosto che costituzionale. Alla luce della giurisprudenza costituzionale, essa sembra essere anche piuttosto probabile. Si pensi, in particolare, a quei conflitti di attribuzione nei quali siano coinvolti interessi di terzi privati, ai quali, non avendo accesso al giudizio dinanzi alla Corte, non viene garantito il diritto al contraddittorio [16].

---

del processo fra Costituzione e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, *ivi*, 2997 ss., il quale sottolinea che, il mancato riconoscimento di rango costituzionale alla CEDU «*non ha invece impedito di ricorrere alle invocate norme della Convenzione ogni volta che potevano specificarne od integrare garanzie dei diritti di libertà costituzionalmente riconosciuti*».

[13] In questo senso G. ZAGREBELSKY, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 102 ss, il quale sottolinea, peraltro, l'incongruenza di considerare una norma sulla interpretazione di rango inferiore rispetto alla norma da interpretare.

[14] Cfr. J.P. COSTA, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 9 ss. e da ultimo A. PERTICI, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, 30 del *paper*.

[15] L'ipotesi si è verificata nel caso *Panger* c. *Austria*, nel quale si contestava la mancanza di un'udienza pubblica dinanzi alla Corte austriaca; nel caso *Pamele* c. *Germania*, per il mancato rispetto del principio della ragionevole durata del processo e in un caso che vedeva coinvolta la Spagna per il mancato rispetto del principio del contraddittorio. I casi sono citati da J.P. COSTA, *op. loc. cit.*

[16] Nel senso di ritenere che la giurisprudenza costituzionale in tema di conflitti possa dar luogo ad una condanna a Strasburgo per violazione del diritto al contraddittorio si veda G. ZAGREBELSKY, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo tra ordinamenti costituzionali statali e giurisdizione sovranazionale*, cit., 103.

Com'è noto, la giurisprudenza costituzionale nei conflitti di attribuzione aventi ad oggetto le guarentigie di cui agli artt. 68 e 122 [17] della Costituzione pone non pochi dubbi in ordine alla posizione del terzo offeso dalle dichiarazioni del parlamentare (o consigliere regionale) e costituitosi parte civile nel processo penale dal quale il conflitto trae origine.

La decisione da cui trae origine la copiosa giurisprudenza in tema di insindacabilità delle opinioni dei parlamentari è la sent. n. 1150 del 1988 [18], con la quale la Corte ha delineato lo schema applicativo della norma di cui al primo comma dell'art. 68 Cost., stabilendo che spetta alla Camera di appartenenza del parlamentare valutare se vi sia un nesso tra le opinioni espresse e l'esercizio della funzione parlamentare, attribuendo alle delibere di insindacabilità delle Assemblee parlamentari un potere inibitorio sul prosieguo del giudizio ordinario.

Le Camere, sulla base di questa lettura dell'art. 68 Cost., hanno elaborato una «giurisprudenza» in tema di insindacabilità [19] molto ampia, sì da ricomprendervi tutta l'attività politica svolta dai propri membri, indipendentemente dal fatto che questa abbia o meno un nesso con lo svolgimento di una funzione parlamentare tipica.

La Corte costituzionale ha «reagito» a questo atteggiamento interpretativo attraverso una giurisprudenza sempre più restrittiva e sempre più legata alla verifica, in concreto, della corrispondenza tra l'attività svolta dai membri delle Camere e lo svolgimento di funzioni parlamentari.

A partire dalla sent. n. 375 del 1997 [20], infatti, la Corte ha sempre affermato che non tutta l'attività politica dei parlamentari può farsi rientrare nella garanzia dell'art. 68, comma 1, poiché questo vorrebbe dire trasformare una prerogativa parlamentare in privilegio personale, in aperto contrasto con gli artt. 3 e 49 Cost. Il punto di approdo di questa tendenza restrittiva della giurisprudenza costitu-

---

[17] Per una ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di insindacabilità delle opinioni dei parlamentari si veda AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali* (Atti del seminario svoltosi in Roma, palazzo della Consulta, 31 marzo e 1 aprile 2000), Milano, 2001, di cui, in particolare F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, 65 ss.; A. PACE, *Giurisdizione e insindacabilità parlamentare nei conflitti costituzionali*, 3 ss.; S. BARTOLE, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, 41 ss.; inoltre il lavoro monografico di M.C. GRISOLIA, *Immunità parlamentari e Costituzione*, Padova, 2000.

[18] In *Foro it.*, 1989, I, 326, con nota di R. MORETTI. Si veda anche la nota di N. ZANON, *La Corte e la «giurisprudenza» parlamentare in tema di immunità: affermazioni di principio o regola del caso concreto?*, in *Giur. cost.*, 1988, I, 5595 ss.

[19] Per una rassegna della «giurisprudenza parlamentare» in tema di insindacabilità, v. M.C. GRISOLIA, *op. cit.*

[20] In *Foro it.*, 1998, I, 342. Si veda anche il commento di A. PERTICI, *È ancora la Camera d'appartenenza il giudice dell'insindacabilità dei voti dati e delle opinioni espresse dai parlamentari*, in *Giur. cost.*, 1997, 3613 ss.

zionale è costituito dalle sentt. nn. 10 e 11 del 2000 [21], nelle quali si è affermata la necessità che il nesso funzionale tra l'attività svolta dal parlamentare e l'esercizio della funzione parlamentare sussista non genericamente, ma in concreto con un atto parlamentare tipico.

L'attuale assetto della giurisprudenza costituzionale sul tema se da un lato sembra in qualche modo garantire maggiormente il terzo offeso dalle dichiarazioni del parlamentare, atteso peraltro che la Corte – nelle sentt. nn. 10 e 11 del 2000 – ha affermato che essa stessa deve entrare nel merito valutando in concreto la sussistenza del nesso funzionale, dall'altro non sembra mettere al riparo da eventuali condanne dei giudici di Strasburgo. Il terzo offeso non ha la garanzia di poter far valere le proprie ragioni in un giudizio, quello costituzionale, che, se concluso nel senso della legittimità della delibera di insindacabilità, gli precluderebbe la via della tutela giudiziaria dei propri diritti. Né va dimenticato che, nonostante l'interpretazione maggiormente rigorosa che la Corte dà della disposizione di cui al comma 1 dell'art. 68 Cost., le Camere continuano a dichiarare insindacabile qualsiasi affermazione e qualsiasi comportamento dei propri membri, dimostrandosi impermeabili al nuovo corso della giurisprudenza costituzionale [22].

Alla luce del carattere inibitorio sul prosieguo del giudizio ordinario che la Corte costituzionale riconosce alle delibere di insindacabilità, la posizione del terzo offeso appare pregiudicata, atteso che l'unica via per svolgere regolarmente il processo ordinario è quella di sollevare un conflitto di attribuzioni per vedere annullata la delibera parlamentare dalla Corte costituzionale.

In questo quadro il diniego di accesso al giudizio costituzionale può significare, per il terzo, lesione del diritto di difesa, che ben potrebbe dar luogo ad una condanna dello Stato italiano da parte dei giudici di Strasburgo per violazione dell'art. 6 CEDU [23]. Una esigenza di tutela giurisdizionale che si scontra con la necessità, affermata dalla Corte, di salvaguardare il «tono costituzionale del conflitto» [24], strumento di chiusura del sistema volto a preservare la distribuzione co-

---

[21] In *Foro it.*, 2000, I, 331. Si veda il commento di A. PACE, *L'art. 68 comma 1 Cost. e la «svolta» interpretativa della Corte costituzionale nelle sentenze nn. 10 e 11 del 2000*, in *Giur. cost.*, 2000, 85 ss.

[22] In proposito, al fine di non appesantire queste brevi note, sia consentito rinviare a F. MARONE, *Resistenza a pubblico ufficiale e insindacabilità delle opinioni dei parlamentari: Corte costituzionale, parlamento e art. 68 Cost.*, in *Foro it.*, 2002, I, 340 ss.

[23] A tal proposito sembra opportuno ricordare che la Corte costituzionale ha affermato che il diritto alla tutela giurisdizionale *«va sicuramente incluso fra i princìpi supremi del nostro ordinamento, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia, postulando che sia assicurato a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice ed un giudizio»*, Corte cost., 2 febbraio 1982, n. 18, in *Giur. cost.*, 1982, 138 ss, con nota di R. NANIA, *Il Concordato, i giudici, la Corte*.

[24] L'espressione, ormai classica, è di C. MEZZANOTTE, *Le nozioni di «potere» e di «conflitto» nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 110 ss.

stituzionale delle competenze e non certo ad assicurare la tutela giudiziaria dei diritti di un privato cittadino eventualmente lesi dalle dichiarazioni di un parlamentare.

Indipendentemente, però, dalla condivisibilità o meno del bilanciamento di valori operato dal Giudice costituzionale, non sembra si possa non concludere che la Corte europea difficilmente potrà ritenere l'esigenza di salvaguardare il «tono costituzionale del conflitto» superiore alle garanzie rispetto ad una evidente violazione di un diritto fondamentale codificato nella CEDU.

L'ipotesi di veder condannata l'Italia per una violazione di diritti avvenuta nel corso di un processo per conflitto di attribuzioni non sembra affatto improbabile. È immaginabile un *revirement* giurisprudenziale della Corte costituzionale per prevenire questo rischio.

Due strade sono ipotizzabili.

La Corte dovrebbe rivedere la propria giurisprudenza in tema di insindacabilità delle opinioni dei parlamentari, superando lo schema applicativo che di quella guarentigia ha tracciato con la sent. n. 1150/88. Sembra, infatti, che la lettera del comma 1 dell'art. 68 non vieti di attribuire ai giudici comuni la possibilità di verificare se, in concreto, la condotta del parlamentare oggetto del proprio giudizio sia sussumibile nella previsione costituzionale, fatta salva naturalmente la possibilità per le Camere di sollevare un conflitto di attribuzioni qualora ritengano che i giudici hanno fatto un cattivo uso del proprio potere [25]. Una soluzione di questo tipo eliminerebbe il problema della tutela del terzo privato, il quale potrebbe tranquillamente difendere i propri diritti dinanzi ad un giudice ordinario, senza dover attendere una decisione della Corte costituzionale resa in un giudizio al quale non gli è dato partecipare.

Va detto, inoltre, anche se esula dall'oggetto di queste brevi note, che una soluzione di tal genere avrebbe anche il positivo effetto di riportare l'attuazione dell'art. 68, comma 1 ad un assetto più compatibile con il ruolo che gli organi coinvolti nella sua applicazione occupano nel sistema. Infatti i giudici si riapproprierebbero del proprio ruolo di interpreti della legge, ruolo che, allo stato e con riferimento all'applicazione di questa specifica disposizione, è ridimensionato dall'attribuzione al Parlamento del compito di individuare quali fattispecie concrete possano essere sussunte nella previsione costituzionale, oltre che dal carattere inibitorio delle relative delibere. Inoltre si riporterebbe il conflitto di attribuzione alla sua natura di strumento eventuale, volto alla risoluzione di controversie attinenti alla distribuzione costituzionale delle competenze e non già, come avviene nei conflitti *ex* art. 68, comma 1, alla valutazione di elementi fattuali

---

[25] Di questo avviso A. PACE, *op. loc. cit.*; R. ROMBOLI, *Immunità parlamentare: un difficile bilanciamento (con qualche contraddizione) tra autonomia delle Camere, tutela della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria e ruolo della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1997, I, 2361 ss.; F. SORRENTINO, *op. loc. cit.*; S. BARTOLE, *op. loc. cit.*, il quale ritiene che l'esclusione dell'effetto inibitorio delle delibere parlamentari rende necessaria l'adozione di norme che consentano alla Corte di sospendere i provvedimenti giudiziari censurati dalle Camere.

e di merito. Infatti, se è vero che l'eventuale conflitto sollevato dalle Camere avrebbe comunque ad oggetto la riconducibilità di una fattispecie concreta alla previsione di cui all'art. 68, comma 1, è comunque immaginabile che si avrebbe una riduzione dei conflitti, dato che sollevare un conflitto di attribuzione è cosa comunque diversa e più impegnativa rispetto all'adozione di una delibera di insindacabilità.

Vi è un'ulteriore possibilità di prevenire il conflitto con i giudici sopranazionali. La Corte potrebbe, infatti, aprire il proprio giudizio alla parte privata lesa dalle dichiarazioni del parlamentare, così garantendogli il diritto di difesa. Sembra, peraltro, questa la strada che la nostra Corte ha già imboccato con la sent. n. 76 del 2001 [26], nella quale ha ritenuto ammissibile l'intervento del terzo leso dalle dichiarazioni del consigliere regionale (si trattava di un conflitto tra enti *ex* art. 122, comma 4, Cost.), poiché quando si richiede l'applicazione della guarentigia della insindacabilità si nega «*in radice il diritto di azione in capo a chi pretende di aver subito lesione da una condotta scriminata dalla garanzia medesima. […] Ove dunque si ritenesse precluso l'intervento nel giudizio costituzionale, finirebbe per risultare in concreto compromessa la stessa possibilità per la parte di agire in giudizio a tutela dei suoi diritti*».

In ordine a questa decisione va detto che, naturalmente, trattandosi di una pronuncia isolata, non può ancora parlarsi di un indirizzo giurisprudenziale consolidato. Peraltro, in dottrina [27] si era sottolineato come il banco di prova di questa impostazione della Corte sarebbe stata la decisione del conflitto tra poteri dichiarato ammissibile con l'ord. n. 265 del 2001 [28], il primo conflitto tra poteri in cui la Corte si è trovata a dover decidere dell'ammissibilità dell'intervento di un privato successivamente all'apertura avutasi con la sent. n. 76 del 2001. La questione è stata decisa con la sent. n. 172 del 2002 [29], nella quale la Corte non ha affrontato il problema dell'ammissibilità dell'intervento del terzo offeso dalle dichiarazioni del parlamentare, poiché ha dichiarato improcedibile il conflitto in quanto il ricorso è stato depositato in cancelleria oltre il ventesimo giorno dalla notifica.

Insomma la questione resta aperta e non si può che attendere i futuri sviluppi

---

[26] In *Giur. cost.*, 2001, I, 488 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Immunità per le opinioni espresse dai parlamentari e dai consiglieri regionali e tutela del terzo danneggiato: un importante mutamento della giurisprudenza costituzionale, in attesa di un altro più significativo*; G. GEMMA, *Intervento dei soggetti privati nei conflitti di attribuzione fra Stato e regioni: la Corte dà il via libera*; A. CONCARO, *Conflitti costituzionali e immunità: anche le parti private vanno tutelate nel giudizio dinanzi alla Corte?* Si veda anche il commento di A. MORELLI, *Insindacabilità del consigliere regionale e diritti di azione e di resistenza del terzo offeso: cade il dogma del contraddittorio «chiuso» nei giudizi per conflitti costituzionali?*, in *Rass. parl.*, 2002, 781 ss.

[27] Cfr. E. MALFATTI, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1999-2001)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino, 2002, 217.

[28] in *Giur. cost.*, 2001, I, 2220.

[29] in *Cons. Stato*, 2002, II, 757 ss.

della giurisprudenza costituzionale, fermo restando, però, che anche nel caso in cui dovesse consolidarsi un orientamento giurisprudenziale favorevole all'ammissibilità dell'intervento del terzo privato nel conflitto, la tutela di cui quest'ultimo godrebbe sarebbe molto diversa da quella garantita nel giudizio ordinario, potendo ottenere al più dall'esito favorevole del processo costituzionale la possibilità di accedere al (o di proseguire il) giudizio ordinario, ma non di veder tutelati i propri diritti [30].

[30] In questo senso E. MALFATTI, *op. loc. cit.*

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA EJECUCIÓN DE SUS SENTENCIAS EN LATINOAMERICA

KARLA IRASEMA QUINTANA OSUNA

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Generalidades de la protección procesal de los derechos humanos en América Latina. – 3. Esbozo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. – 4. Responsabilidad de los Estados demandados por la violación de los derechos humanos. – 5. Posición de algunos países Latinoamericanos con respecto a las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. – 6. México ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. – 7. Conclusiones.

Reclamo la indignación y reclamo el inconformismo. No es posible seguir viviendo en un mundo en el que cada día hay más pobres, en el que desaparecen especies animales, culturas, idiomas, años de historia, donde la desesperanza se apodera de los viejos y de los jóvenes.

JOSÉ SARAMAGO

1. INTRODUCCIÓN

La situación de los derechos humanos en América Latina, hoy en día, varía mucho de país a país. En efecto, nuestras democracias registran importantes progresos institucionales y materiales. Sin embargo, paradógicamente, los contrastes persisten y se muestran en elementos como la desigualdad en la distribución de las riquezas, los niños desnutridos y fuera del sistema escolar, los indígenas cuyos derechos son desconocidos, las mujeres víctimas de violencia, los defensores de derechos humanos y los periodistas asesinados. Así, lamentablemente, en algu-

* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

nos países las desapariciones forzadas, las ejecuciones sumarias y la tortura han alcanzado proporciones alarmantes. En otros, cientos de presos inocentes continúan en la cárcel. En otros más, las violaciones más comunes son la brutalidad policial, las condiciones inhumanas en las cárceles y las violaciones a los derechos económicos y culturales. Aún más, una violación que es común en la mayor parte de los países de América Latina es la impunidad de aquellos que son responsables por cometer abusos contra los derechos humanos. Así, "el gran drama de los pueblos latinoamericanos desde que alcanzaron su independencia ha sido la pertinaz lucha por su libertad, por la democracia y en general por la vigencia real de los derechos humanos fundamentales, fines primarios del derecho constitucional» [1].

A sabiendas de esta realidad, en el continente americano, los derechos humanos están protegidos a nivel nacional por diversos medios de defensa tales como el *habeas corpu*s, el juicio de amparo y el mandado de segurança. Así, la tarea de proteger los derechos humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. Sin embargo, habría que preguntarse lo que sucede en caso de que el Estado no sea garante de los derechos humanos.

En el ámbito continental, los derechos humanos están protegidos por la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. Así, la Comisión, creada por la Carta de la OEA, tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en todo el continente, lo que hace a través de informes sobre la situación de los derechos humanos en distintos países y al escuchar denuncias individuales de violaciones. Por su parte, la Corte escucha casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y emite decisiones autoritativas.

Teniendo este panorama general, nos proponemos dar un esbozo general de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica; explicar, así sea mínimamente, las funciones de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; posteriormente, hacer un breve análisis de la evolución de la reparación e indemnización en el Sistema Interamericano y, finalmente, adentrarse en la problemática a la que se enfrentan los países latinoamericanos en relación con las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

[1] J.L. Soberanes Fernandez-H. Fix Zamudio, *Latinoamérica: Constitución, proceso y Derechos Humano*s, Porrúa, México, 1988, 7.

2. Generalidades de la protección procesal de los derechos humanos en América Latina

Sería falso sostener que en América Latina no se ha avanzado en la protección de los derechos humanos. Por ello, podemos decir que la protección procesal y jurídica de estos derechos ha evolucionado considerablemente en los últimos años convirtiéndose en un sistema sumamente complejo. Así, haciendo un poco de historia, desde el siglo XIX, se introdujeron de manera paulatina dos instrumentos tradicionales, inspirados en el derecho angloamericano. Por un lado tenemos al *hábeas corpus* para proteger la libertad y la integridad personal y, por otro, al derecho de amparo, para tutelar los restantes derechos constitucionalmente consagrados.

Adentrándonos un poco en el derecho de amparo, podemos decir que, en su sentido estricto, se ha establecido en numerosas legislaciones de Latinoamérica y, en sentido amplio, éste ha evolucionado en los ordenamientos más recientes y ya no comprende solamente la tutela de los derechos fundamentales distintos de la libertad e integridad personal. Ahora, por influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina se extendió a la tutela de los mismos derechos respecto de los particulares, en realidad en cuanto a los grupos sociales en situación de predominio (grupos de presión), y de manera paulatina se introdujo este sector de forma expresa en varias legislaciones de nuestra región [2]. Aunado a lo anterior, se ha ampliado la protección del derecho de amparo en relación con los derechos consagrados por los tratados internacionales, e inclusive a algunos de estos tratados se les ha reconocido de manera expresa jerarquía de normas constitucionales [3].

En el mismo orden de ideas, en lo que respecta al control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad en América Latina encontramos fundamentalmente dos etapas. La primera se refiere a las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, las cuales, por influencia de los Estados Unidos de Norteamérica, implican la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de dichos tratados ante los tribunales nacionales ya que, al momento de incorporarse al derecho interno, se consideran como leyes ordinarias de carácter nacional. La segunda y más reciente etapa reconoce una mayor jerarquía a las normas de carác-

---

[2] En las más recientes constituciones latinoamericanas y especialmente en la brasileña de octubre de 1988 se introdujeron instituciones en sentido amplio tales como el mandado de segurança colectivo, el hábeas data, el mandado de injunçao, la acción de cumplimiento y las acciones populares de carácter constitucional. Asimismo, existen el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana.

[3] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, *Estudios Comparativos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2ª ed., México, 1999, 341.

ter transnacional en relación con los conflictos con respecto al ordenamiento constitucional interno [4].

Podemos afirmar que, aún cuando esta situación ha tenido un desarrollo muy lento debido a la desconfianza tradicional de Latinoamérica hacia los organismos internacionales, se ha implantado así sea de manera restringida, en dos sectores: en el campo de los derechos humanos y el de la integración económica. En este sentido podemos señalar los ordenamientos de Ecuador y de Panamá que reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional; los de Honduras y El Salvador que otorgan a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias y, finalmente, los derechos humanos como superiores a las disposiciones internas, e inclusive, la Carta Peruana otorga a dichos tratados el carácter de normas constitucionales [5].

3. Esbozo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Un punto medular para el estudio del presente tema es, sin lugar a dudas, el tratamiento de los organismos encargados de proteger los derechos humanos en el Sistema Interamericano; por ello, consideramos importante dar un esbozo, por pequeño que sea, de los mismos. No podemos olvidar que dicho sistema tomó como modelo al sistema europeo, pero con matices peculiares que se han acentuado de manera paulatina. Así pues, en cuanto a la conformación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los dos organismos que lo integran son la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos las cuales están estrechamente relacionadas entre sí.

El primer organismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [6], es un órgano de la Organización de los Estados Americanos creado con el fin de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos establecidos en la Declaración y en la Convención Americanas y, por otro lado, funciona como órgano consultivo de la Organización en materia de derechos humanos. En cuan-

---

[4] Con motivo de amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (amparo en revisión 1475/98), la Suprema Corte de Justicia de México estableció que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Ello significa que para que México se niegue a aplicar en el ámbito interno las decisiones de organismos internacionales, debe existir un pronunciamiento del más Alto Tribunal de la República que considere que el tratado o convenio internacional respectivo contiene disposiciones que contraríen las normas constitucionales.

[5] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, *Estudios Comparativos*, cit., 341.

[6] De acuerdo con la Convención Americana, el Estatuto y su actual Reglamento el cual entró en vigor el 1 de mayo de 2002.

to a su integración, ésta consta de siete expertos designados por la Asamblea General a título individual por un periodo de cuatro años, con una posible reelección. Un punto importante a destacar es el relativo a las funciones y atribuciones de la Comisión Interamericana ya que éstas son muy amplias, debido a que van desde la promoción hasta las que se refieren a la defensa de los derechos humanos; estas últimas son muy extensas ya que comprenden la admisión y tramitación de reclamaciones individuales sobre violación de los citados derechos por los Estados, tanto partes en la Convención Americana como sólo miembros de la Organización que no la hubiesen ratificado [7]. Asimismo, la Comisión está facultada para pronunciarse sobre violaciones masivas de derechos humanos así como para realizar visitas *in loc*o. Evidentemente, la función de mayor significado es la relativa a la investigación de reclamaciones individuales en las cuales, según el artículo 50 de la Convención, si no se llega a una solución amistosa, la Comisión puede formular un primer informe con las recomendaciones para reparar las violaciones respectivas. En caso de que estas recomendaciones no sean acatadas, la Comisión puede someter el caso ante la Corte [8], o formular un segundo informe con recomendaciones finales. Si el Estado no cumple estas recomendaciones, la Comisión puede publicar ese hecho en el Informe Anual ante la Asamblea General.

Consideramos importante resaltar que la Comisión no fue creada por un tratado, sino por la VIII Resolución tomada en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile en 1959, y el Consejo de la OEA aprobó su Estatuto el 25 de mayo de 1960. En un principio, la Comisión sólo tuvo funciones de promoción de los derechos humanos consagrados en la Declaración Americana de 1948. Sin embargo, "la Comisión misma a través de los años, y mediante una práctica audaz pero consistente, iría caso por

---

[7] Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica (Commonwealth de las), Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

[8] «(...) si un Estado parte en la Convención Americana, ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (artículo 62 CADH), la Comisión podrá someter el caso que se viene discutiendo, ante la misma Corte, pero siempre y cuando, con antelación se haya transmitido al gobierno del Estado aludido, el informe respectivo». A. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *Derechos Humanos en el Sistema Interamerican*o, Porrúa-UNAM, México, 2000, 11.

caso, ampliando la competencia restrictiva que le había sido conferida en su origen" [9].

El segundo organismo del Sistema Interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos [10] la cual es un organismo judicial autónomo encargado de la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La integración de este organismo se conforma de siete jueces designados por los Estados partes en la citada Convención, a título individual, y por un periodo de seis años que puede ser objeto de una renovación.

Las atribuciones fundamentales de la Corte son dos: una de carácter consultivo y otro, contencioso.

a) *Función consultiva:* Ésta puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la Organización sino también por la Comisión Interamericana y por otros organismos de la OEA en el campo de sus actividades, y comprende la interpretación no sólo de la Convención Americana, sino también de cualquier otro tratado sobre derechos humanos que tenga aplicación en el Continente Americano.

b) *Función jurisdiccional o contenciosa* [11]: La Corte Interamericana puede conocer de los casos que le son sometidos por la Comisión Interamericana o por un Estado Parte de la Convención, *siempre que los Estados que actúen ante ella hubieran reconocido de manera expresa la competencia contenciosa del tribunal* [12].

Hasta la fecha, la Comisión ha sometido ante el Tribunal varias controversias que tienden a incrementarse desde los primeros tres casos iniciados en 1986. La Corte ha dictado varias sentencias de fondo en casos sumamente complicados; fallos que en su mayor parte han sido condenatorios. También se ha pronunciado respecto de excepciones preliminares. Asimismo, el Tribunal ha sido muy activo al dictar providencias cautelares en situaciones de urgencia para evitar perjuicios irreparables a las personas, tanto en los asuntos de que conoce, como de aquellos que se encuentran todavía en tramitación ante la Comisión. Así, como mencionamos con anterioridad, la función jurisdiccional o contenciosa de la Corte que es la que ha establecido principios y reglas sobre las reparaciones por responsabilidad internacional de los Estados demandados ante ella, tiene carácter

---

[9] A. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *op. cit.*, 2.

[10] Dicha Corte está regulada por la Convención Americana, el Estatuto de 1979 y sus reglamentos.

[11] Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

[12] El subrayado es nuestro.

potestativo para los Estados partes, de acuerdo con el art. 62 de la Convención. Además, las controversias sometidas al conocimiento de la Corte, sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana la que además, ha sido adicionada con dos Protocolos [13].

Desgraciadamente, la Convención Americana regula en forma muy escueta las relaciones entre la Comisión y la Corte Interamericanas, sin embargo, las mismas se han incrementado en la práctica de manera paulatina y se han desarrollado en tres sectores:

a) La situación que guarda la Comisión respecto de la Corte. En este caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Corte han llegado a la conclusión de que la citada Comisión no constituye una instancia previa de carácter judicial, y por ello la Corte ejerce jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso.

b) La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la propia Comisión cuando actúa ante la Corte. Aun cuando se ha considerado que la Comisión realiza funciones que se han calificado como judiciales (en sentido amplio) o parajudiciales, su actuación ante la Corte se aproxima a la del ministerio público en el ámbito interno.

c) Los lineamientos relativos a la representación de la propia Comisión ante la Corte. La Comisión generalmente designa entre sus asesores a los abogados de los denunciantes o de las víctimas, los que participan en los actos del proceso pero bajo la vigilancia y supervisión de la Comisión [14].

4. Responsabilidad de los Estados demandados por la violación de los derechos humanos

Un punto central en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el hecho que los Estados signantes de la Convención Americana, no están por ello aceptando *ipso facto*, la jurisdicción de la Corte de Derechos Humanos [15], sino que la declaración en la cual el Estado reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte, puede ser hecha en el momento en que el Estado en cuestión deposita su instrumento, ya sea de ratificación o de adhesión a la

---

[13] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estad*o, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, p. 221.

[14] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos*, *Estudios Comparativos*, cit., 530.

[15] A. Gomez-Robledo, *op. cit.*, 42.

Convención Americana o, inclusive, en cualquier momento posterior a la ratificación o adhesión.

Según el doctor Helio Bicudo, comisionado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Reunión de Cancilleres celebrada en Costa Rica en 1999, fue creado un Grupo de Trabajo *ad hoc* para estudiar y sugerir medidas para el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.

Seguidamente, el Consejo Permanente, en el marco del Comité de Asuntos Jurídicos y Políticos, tomó entre otras, dos importantes decisiones que deberían ser apreciadas por la próxima Asamblea General de la OEA. La primera, reiterar que los fallos de la Corte son definitivos e inapelables y que los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos de que sean parte. Asimismo, se recomienda a los Estados miembros que hagan todos los esfuerzos para cumplir las recomendaciones de la CIDH. Por ello, según expresó la Comisión ante la Asamblea General en el mes de junio de 1999, ese cumplimiento es fundamental para la vitalidad e integridad del sistema de derechos humanos de la Organización [16].

Así pues, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en el artículo 25.2, inciso c) que los Estados Partes se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Por su parte, el artículo 63 menciona que la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados, pudiendo ordenar el pago de una indemnización. En este caso, el resarcimiento se ejecuta por el procedimiento de ejecución de sentencias que corresponda al sistema procesal del país condenado. Con base en lo anterior, «la sentencia supranacional – como la llama Gozaíni – goza de *executio* pero necesita auxiliarse de la colaboración del Estado Parte para acatar sus resoluciones. La condición jurídica del poder de ejecución no estaría sujeta entonces, al imperio o *autorictas* del fallo, sino a los mecanismos internos que permitan realizar los pronunciamientos vertidos» [17].

Así, de conformidad con el marco normativo que rige a la Corte Interamericana, los Estados que reconocen como obligatoria su competencia contenciosa adquieren fundamentalmente los siguientes compromisos:

a) Cumplir las decisiones de la Corte en todos los casos en que el Estado interesado sea parte (Convención Americana, artículo 68.1).

---

[16] Ver H. Bicudo, *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XX*I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo I, Costa Rica, 2001, 229-234.

[17] Cfr. O.A. Gozaini, *El Proceso Transnacional*, *Particularidades Procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EDIAR, Argentina, 1992, 98.

b) Si la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en la Convención Americana, garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, reparar las consecuencias de la media o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y pagar una justa indemnización a la parte lesionada, según lo disponga la Corte (Convención, artículo 63.1).

c) En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, cumplir las medidas provisionales que la Corte considere pertinentes, si así lo solicitare el Estado interesado.

d) Cooperar con la Corte en la práctica de notificaciones u otras diligencias que ésta ordene que deban llevarse a cabo en territorio nacional.

El incumplimiento de una sentencia de la Corte impide que cesen las consecuencias de la violación original establecida por la Corte, incurriendo el Estado en cuestión, de ese modo, en una violación adicional a la Convención, así como en una delegación del acceso a la justicia a nivel tanto nacional como internacional.

Consideramos importante resaltar aquí que las sentencias emitidas por los tribunales regionales de derechos humanos, tanto el europeo como el interamericano, tienen carácter obligatorio pero que no son ejecutables directamente en el ámbito interno, sino que dicho cumplimiento debe efectuarse por los Estados responsables. Así, los fallos de la Corte Interamericana han establecido principios y reglas sobre la responsabilidad de los Estados demandados por la violación de los derechos humanos que se le imputan, ya sea en la sentencia de fondo o bien en una resolución especial sobre las reparaciones respectivas. Respecto a dichas reparaciones, el artículo 50 de la Convención de Roma y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos han dejado el cumplimiento de las citadas reparaciones a los Estados involucrados de acuerdo con las reglas de su derecho interno, y sólo en el supuesto de cumplimiento parcial o insatisfactorio, la Corte europea establece una indemnización equitativa a los afectos. En cambio, como sostiene el doctor Héctor Fix Zamudio, la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias condenatorias ha utilizado de manera directa el derecho internacional como base de la responsabilidad de los Estados respectivos, incluyendo la indemnización económica, a pesar de que el inciso 2 del artículo 68 de la Convención establece que *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado*, precepto que hace en este sentido una referencia al derecho nacional [18].

La razón de esta diferencia se debe a que en el ámbito latinoamericano [19] con

---

[18] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 222.

[19] Decimos latinoamericano y no interamericano ya que ni EUA ni Canadá han suscrito la Convención Americana y mucho menos se han sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana.

pocas excepciones, no han expedido normas internas para regular el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión o los fallos de la Corte Interamericana. Por ello es que "resulta difícil la aplicación del artículo 68.2 de la Convención Americana en cuanto establece que *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estad*o. La regulación de este procedimiento interno es muy deficiente en los ordenamientos de Latinoamérica salvo pocas excepciones» [20].

Como es imposible hacer un examen general de las sentencias condenatorias de la Corte, se señalan a continuación algunos ejemplos en su jurisprudencia sobre el sistema de responsabilidad de los Estados demandados y la restitución de los derechos infringidos.

a) *Casos* Velásquez Rodríguez [21] y Godínez Cruz

Debe señalarse que la Corte Interamericana desde sus primeras sentencias en los casos de Honduras, señaló que la responsabilidad del Estado por infracción de los derechos humanos está vinculada con lo establecido por el artículo 1.1 de la Convención Americana el cual dispone que:

Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertados reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En las sentencias de fondo [22] de los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, la Corte Interamericana estableció que:

*Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de los derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convenció*n. Más adelante, la Corte adicionó que: *Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma del ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.*

En las mismas sentencias se destacó una segunda regla sobre la responsabilidad genérica de los Estados Partes de la Convención:

---

[20] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 223.

[21] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, San José, Costa Rica, 1992.

[22] Dictadas el 29 de junio de 1988 y 20 de enero de 1989 respectivamente.

La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar el libre" y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras al través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [23]. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado, y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.*

Aunado a lo anterior, también se le impuso al gobierno de Honduras el deber de investigar en cuanto subsistiera la incertidumbre sobre la suerte final de las personas desaparecidas; el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas; así como el de sancionar a los responsables directos de las mismas. Así pues, este caso fue el inicio para el desarrollo de la distinción entre la indemnización y las reparaciones propiamente dichas.

En los mencionados fallos de reparación se estableció que el monto de la indemnización debía establecerse con apoyo en dos criterios. En primero lugar, tenemos los perjuicios de carácter material que comprenderían, de acuerdo con la doctrina tradicional de la responsabilidad internacional, el daño emergente y el lucro cesante; por otro lado, tenemos el daño moral. En lo que respecta a los daños materiales, y específicamente a los que se consideran emergentes, éstos se traducen en el menoscabo directo o destrucción material de los bienes, en tanto que el lucro cesante es la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado. El daño moral, por su parte, es de suma importancia en el derecho internacional de los derechos humanos pues consiste en el desconocimiento de la dignidad humana y de la angustia, así como el sufrimiento a que es sometida la víctima teniendo efectos sobre el grupo familiar, especialmente cuando, como en los asuntos mencionados, se presume la muerte de la propia víctima [24].

Como mencionamos anteriormente, cuando la Comisión Interamericana interpone una demanda ante la Corte, en ésta señala las medidas de reparación que, en su parecer, deban imponerse al Estado demandado en el supuesto de que la Corte lo considere responsable de las infracciones que se le señalen. Evidentemente, dichas medidas de reparación sirven de base para que el tribunal se pronuncie sobre las mismas. Por lo que respecta a la Corte Interamericana, el artículo 63.1 de la Convención le otorga la facultad de establecer la responsabilidad del Estado demandado y las reparaciones correspondientes.

---

[23] El subrayado es nuestro.

[24] Cfr. H. Faundez Ledezma, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y procesales*, 2ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 510-519.

Consideramos importante reiterar que tanto la Comisión como la Corte Interamericanas tomaron como base esencial para establecer las reparaciones respectivas desde los primeros asuntos de su conocimiento, los principios del derecho internacional, por considerar que los ordenamientos internos de los países latinoamericanos no se han desarrollado suficientemente para realizar un reenvío hacia los mismos como lo hace la Corte Europea [25].

b) *Caso* de Aloeboetoe [26]

Otro caso de suma importancia en materia de reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana es el de Aloeboetoe y otros, de acuerdo con demanda presentada ante dicho Tribunal por la Comisión de Derechos Humanos contra el gobierno de Suriname el 27 de agosto de 1990. En el caso sometido a la Corte Interamericana, el gobierno de Suriname asesinó "por equivocación" a varios miembros de la tribu de Saramaca la cual aún conserva tradiciones africanas y, por lo tanto, en ella no se le da importancia al dinero, sino al trueque. Este caso fue muy complicado para la Corte Interamericana ya que el problema radicaba en determinar la indemnización a pagársele a la tribu. Para ello, el Tribunal tuvo que visitar la tribu para poder determinar, basado en su modo de vida, la manera en la cual iba a pagárseles. Finalmente, se creó un fideicomiso a favor de la citada tribu.

c) *Caso* Loayza Tamayo [27]

Un tercer caso para tener una idea de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones es el caso Loayza Tamayo. En dicho caso, el gobierno de Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo varios preceptos de la Convención Americana relativos a la libertad y la integridad personales así como el debido proceso. Sin embargo, el artículo violado más evidentemente fue el que consigna el principio *non bis in ide*m, en cuanto que dicho precepto establece que *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos* [28].

La Corte Interamericana decidió que el Estado demandado debía de poner a la señora Loayza Tamayo en libertad dentro de un plazo razonable y de acuerdo

---

[25] Cfr. H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 223.

[26] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (Art. 6301 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993*, San José, Costa Rica, 1994.

[27] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (Art. 6301 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1983*, San José, Costa Rica, 2000.

[28] Ver Artículo 8, inciso 4 de la Convención Americana y el Caso Loayza Tamayo.

con sus disposiciones de derecho interno, y además ordenó que se abriera el expediente en cuanto a otro tipo de reparaciones.

En este tenor de ideas, la Corte Interamericana estableció, en sentencia de fondo [29] que los propios Estados interesados deben realizar sus mejores esfuerzos para implementar las medidas pertinentes para aplicar las sentencias emitidas por la Corte Interamericana y que no pueden desatender las recomendaciones o ignorarlas pues, en caso de hacerlo, la sanción se traduce en la decisión de la Comisión para que se publique el informe definitivo del artículo 51 de la Convención, que se somete a consideración de la Asamblea General de la OEA con motivo del informe anual de la propia Comisión. Es importante mencionar aquí que «no existe en el sistema interamericano un órgano similar al Comité de Ministros del Consejo de Europa que trasmitía a los Estados involucrados las recomendaciones de la Comisión Europea durante el periodo de su funcionamiento, con el objeto de que fueran atendidas por dichos estados» [30].

5. Posición de algunos países Latinoamericanos con respecto a las Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Haciendo un análisis de la legislación latinoamericana en materia de cumplimiento de sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que son muy pocas las excepciones en las cuales se han expedido disposiciones específicas para el cumplimiento de recomendaciones y fallos compensatorios provenientes de los claros en Perú y Colombia, así como un proyecto en Argentina.

Así pues, en primer lugar tenemos el caso peruano en el cual, según el artículo 205 de la Carta Fundamental de 1993 dispone que:

Agotada la jurisdicción interna, *quien se considere lesionado en los derechos que*

---

[29] En dicha sentencia (de 17 de septiembre de 1997) se estableció que, de conformidad con la regla de interpretación contenido en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el término recomendaciones usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente; sin embargo, en virtud del principio de buena fe consagrado en el mismo artículo 31.1, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si se trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana, que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en el hemisferio, de acuerdo con la Carta de la OEA, artículos 52 y 111. Caso Loayza Tamayo.

[30] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 220.

la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

La disposición fundamental anterior se complementa con los preceptos relativos de la Ley de *Hábeas Corpus* y de Amparo publicada en 1982, de entre los cuales destaca el artículo 40 ubicado en el título *De la jurisdicción internacional* el cual establece que:

La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencia[31].

Sin embargo, resulta irónico que, a pesar de estas normas internas, sea Perú si no el Estado Parte más reticente, uno de los más recientes para el cumplimiento de sentencias compensatorias de la Corte Interamericana de Derechos.

Colombia, por su parte, ha legislado sobre esta materia por conducto de la Ley 288 de 1996, en la cual se establecen instrumentos para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas por determinados organismos internacionales. Es de hacer notar que dicha ley sólo se refiere al Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No obstante lo anterior, una interpretación de dicho precepto, debería incluir también a la Corte Interamericana si tomamos en cuenta que el gobierno Colombiano se sometió a su facultad contenciosa en 1985.

Por su parte, Argentina tuvo un proyecto de ley para la aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, por los problemas que ha tenido en estos últimos meses, dicho proyecto ha quedado en espera de ser analizado por el poder legislativo.

6. México ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Centrándonos específicamente en el caso mexicano, nos percatamos de que su ordenamiento se encuentra aún muy retrasado en materia de responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito interno y evidentemente respecto de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos. Ello resulta preocupante, en virtud de que este país se sometió expresamente a la fa-

---

[31] Cfr. H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 233.

cultad jurisdiccional de la Corte Interamericana el 16 de diciembre de 1998.

Con base en dicho reconocimiento la pregunta giraría en torno a que, una vez que se emita una sentencia por dicha Corte, cuál será la forma en que se hará cumplir en México ya que es evidente que la legislación vigente es insuficiente para el cabal cumplimiento de las sentencias emitidas por este Tribunal. Por ello, tendríamos que preguntarnos qué se tendría que hacer para establecer un mecanismo de cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Para comprender mejor el punto tratado, consideramos necesario realizar un breve recorrido de la evolución de la responsabilidad patrimonial de México. Por una parte y hasta las reformas de 1994, con excepción de algunas materias como la expropiación pública y otras similares, prácticamente no existía el reconocimiento de la responsabilidad económica del Estado mexicano por los actos ilícitos de sus empleados y funcionarios. El Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a toda la República en materia federal, sólo establecía la responsabilidad subsidiaria del Estado por dichos actos ilícitos. No obstante, por la reforma publicada el 10 de enero de 1994 se inició un cambio muy parco con respecto a la responsabilidad económica del Estado por la conducta ilícita de sus servidores públicos. Así, con esta modificación, el citado Código Civil reconoció la responsabilidad solidaria en los casos ilícitos dolosos y se mantiene la de carácter subsidiario para los demás [32].

Sin embargo, la responsabilidad patrimonial se reguló en dichas reformas legislativas de 1994 de manera menos estrecha tratándose de ilícitos en materia administrativa ya que se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidades de 1982 (para los servidores públicos del Gobierno Federal y del Distrito Federal). Así pues, el actual artículo 77 bis de dicho ordenamiento dispone que:

Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), *para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquiera otra. -El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares.- Si el órgano del Estado niega la indemnización o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial.- Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pagar respectiva.*

---

[32] *Idem*.

También es preciso mencionar, como complemento de la reforma de enero de 1994 lo dispuesto sobre esta materia por la Ley sobre Celebración de Tratados [33] publicada el 2 de enero de 1992 en cuanto establece en su artículo 11, que:

Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 81 (sobre los lineamientos que debe contener cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que establezcan mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que son parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales), tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

No obstante lo anterior, el artículo 11 de la citada Ley sobre Celebración de Tratados contiene una disposición de carácter tradicional que, de acuerdo con el maestro Héctor Fix Zamudio, debe revisarse de acuerdo con los compromisos adquiridos por el Estado mexicano al ratificar convenciones multilaterales sobre derechos humanos. En efecto dicho precepto dispone que:

El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 81, cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación [34].

Es evidente que las normas anteriormente mencionadas son insuficientes. Sin embargo, deben tomarse sólo como un inicio del reconocimiento más amplio de la responsabilidad patrimonial del Estado mexicano. Así, como sostiene Álvaro Castro Estrada, lo ideal es una reforma constitucional al artículo 113 de la Carta Federal, en el título de responsabilidades, así como la expedición de una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado. En el artículo 21 del Anteproyecto de dicha Ley Federal se considera necesario establecer que los preceptos de el citado ordenamiento sean aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte, así como las recomendaciones de la Comisión ambas Interamericanas de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones [35].

Es necesario mencionar que aunque esta reforma está siendo analizada por el poder legislativo, goza de innumerables candados, sobretodo en el caso de dere-

---

[33] Evidentemente, dicho ordenamiento debe perfeccionarse en virtud de la evolución del derecho internacional.

[34] Cfr. H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 236.

[35] Ver A. Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 1997, 67-122 y 397-510.

chos humanos ya que sólo como ejemplo la *vacatio legis* de la misma es de dos años.

Por otro lado, no podemos perder de vista que en 1999, con motivo de amparo promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo (amparo en revisión 1475/98), la Suprema Corte de Justicia de México estableció que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal. Ello significa que para que México se niegue a aplicar en el ámbito interno las decisiones de organismos internacionales, debe existir un pronunciamiento del más Alto Tribunal de la República que considere que el tratado o convenio internacional respectivo contiene disposiciones que contraríen las normas constitucionales. Por supuesto, dicho fallo ha suscitado innumerables debates que, por cuestión de espacio y tiempo, no es posible tratar en el presente trabajo[36].

Así pues, es claro que México tiene una grave deficiencia al no contar con una legislación interna que prevea la manera de ejecutar una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la práctica se han dado casos de indemnización donde el Estado mexicano, si ha llegado a aceptarla (evidentemente por razones políticas), lo ha hecho tomando presupuesto de diferentes áreas pero no de una partida especial destinada para ello. Por lo tanto, es necesario crear todo un aparato legislativo que permita el mejor funcionamiento de los fallos emitidos no sólo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino por cualquier tribunal extranjero del cual México haya ratificado su competencia.

7. Conclusiones

1) La situación actual de los derechos humanos en América Latina varía mucho de país a país, registrándose grandes contrastes. Así, aún cuando los países latinoamericanos han tenido importantes progresos institucionales y materiales, los abusos contra los derechos humanos persisten de manera significativa.

2) En Latinoamérica los derechos están protegidos por diversos medios de defensa tales como el *habeas corpu*s, el juicio de amparo, el mandado de segurança, el *hábeas dat*a, el *mandado de injuncao*, la acción de cumplimiento, las acciones populares de carácter constitucional, el recurso de protección y la acción de tutela.

3) En América Latina los derechos humanos están protegidos por la Comisión

---

[36] Para mayor abundamiento en el tema ver «*Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal*», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Núm. 3, México, 2000, 169-209.

y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. La Comisión tiene la responsabilidad de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en todo el continente; esto lo hace a través de informes sobre la situación de los derechos humanos en distintos países y al escuchar denuncias individuales de violaciones. Por su parte, la Corte escucha casos individuales de violaciones a los derechos humanos en países que aceptaron su competencia, y emite decisiones autoritativas.

4) Los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben proceder a un examen de consciencia para realizar los actos pertinentes con el fin de alcanzar un sistema capaz de asegurar la real salvaguardia de los derechos humanos. Para ello, es necesario actuar tanto en el plano del derecho interno como en el internacional.

En primer lugar, es imprescindible la ratificación o adhesión de la Convención Americana por todos los Estados del continente. En segundo lugar, es necesario adoptar las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención que aseguren la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes. Un tercer momento consistiría en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del automatismo sin restricciones de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes.

5) La Corte Interamericana no es un tribunal supranacional de instancia facultado para revocar o anular las decisiones definitivas de los tribunales internos. Más aún, en la práctica, la generalidad de las sentencias de la Corte Interamericana son y han sido de carácter indemnizatorio.

6) Las reglas y principios sobre responsabilidad y reparaciones creados por la Corte Interamericana se han perfeccionado paulatinamente y se han hecho cada vez más complejas. Al respecto podemos señalar que el concepto de reparación es muy amplio y comprende diversas actividades compensatorias. Una de las más importantes es la justa indemnización.

7) Son pocos los países latinoamericanos que han creado procedimientos para la ejecución en el ámbito interno de las decisiones adoptadas por los organismos internacionales. Entre ellos, debemos mencionar las disposiciones establecidas por las legislaciones de Perú y de Colombia, así como el proyecto de Argentina. En lo que se refiere a México, existe un retraso evidente en cuanto al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado ya que prácticamente no existía (salvo algunas excepciones como la expropiación por causa de utilidad pública). A pesar de ello, se dio un avance modesto mediante la reforma legislativa de enero de 1994 la cual modificó por una parte el Código Civil y, por la otra, algunos preceptos de la Ley Federal de Responsabilidad de 1982. Sin embargo, la doctrina ha señalado la necesidad de realizar una reforma constitucional y expedir una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, cuyos procedimientos puedan aplicarse también a la responsabilidad internacional. No obstante lo anterior, dicha reforma está siendo analizada por el poder legislativo pero tie-

ne el inconveniente de ser muy tibia al pretender la implementación de diversos candados para la pronta y eficaz aplicación en materia de derechos humanos.

Ciudad Universitaria, México, abril de 2002.

Fuentes

1.1. *Bibliográficas*

Carpizo Jorge y Madrazo Jorge, *Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, Serie A. Fuentes b) textos y estudios legislativos, núm. 32, México, 1983.

Castro Estrada Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, México, 1997.

Comision Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, OEA, Washington, D.C., 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (actualizado a diciembre de 1999)*, San José, Costa Rica, 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XX*I, Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 tomos, Costa Rica, 2001.

Faundez Ledesma Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, *Aspectos Institucionales y procesale*s, 2ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999.

Fix Zamudio Héctor, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana*, UNAM, México, 1955.

Fix Zamudio Héctor, *La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionale*s, Civitas-UNAM, México, 1982.

Fix Zamudio Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humano*s, Porrúa, México, 1985.

Fix Zamudio Héctor, *Latinoamérica: Constitución*, *proceso y Derechos Humano*s, Miguel Ángel Porrúa, México, 1988.

Fix Zamudio Héctor, *Justicia Constitucional*, *Ombudsman y Derechos Humano*s, 1ª reimpresión, CNDH, México, 1997.

Fix Zamudio Héctor (coord.), *México en las declaraciones de derechos humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 18, México, 1999.

Garcia Ramirez Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 71, México, 2001.

Gomez-Robledo Verduzco Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, UNAM-Porrúa, México, 2000.

GOZAINI Osvaldo Alfredo, *El Proceso Transnacional*, *Particularidades Procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humano*s, EDIAR, Argentina, 1992, 93.
HERRERA Y LASSO Manuel, *Estudios de Derecho Constituciona*l, Polis, México, 1940.
LEVIN Leah, *Derechos Humano*s, UNESCO, París, 1981.
MADRAZO Jorge, *Temas y Tópicos de Derechos Humano*s, CNDH, México, 1995.
VALADÉS Diego y GUTIÉRREZ RIVAS Rodrigo (coord.), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 64, México, 2001.

1.2. *Hemerográficas*

CASTRO ESTRADA Álvaro, *Síntesis sobre los aspectos más relevantes de la propuesta de incorporación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado*, *al ordenamiento jurídico mexicano*, en *Quórum*, Año VIII, no. 67, julio-agosto, 1999, 169-164.
CASTRO ESTRADA Álvaro, *10 razones para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico*, en *El mundo del abogad*o, año 4, núm. 30, octubre 2001, México, 36-48.
CORZO SOSA Edgar, et al., *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal*, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, México, 2000.
FIX ZAMUDIO Héctor, *La evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas*, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Fray Bartolomé de las Casas.* Año 1, febrero-octubre. Núm. I, Madrid, 1993, 225-236.
FIX ZAMUDIO Héctor, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estad*o, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, 205-246.
ORTIZ ORTIZ Eduardo, *Dimensiones constitucionales de los Derechos Humanos en América Latina: (VII) Glosa al informe Haba*, en *Revista Constitucional*, *Corte Suprema de Justici*a, Año XI, núm. 40, San José, 1987, 13-34.

LA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO E L'ESECUZIONE DELLE SUE SENTENZE IN AMERICA LATINA [1]

KARLA IRASEMA QUINTANA OSUNA [2]

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Alcuni cenni sulla protezione processuale dei diritti umani in America Latina. – 3. Il sistema interamericano dei diritti dell'uomo. – 4. Responsabilità degli Stati condannati per la violazione dei diritti umani. – 5. Posizione di alcuni paesi latinoamericani rispetto alle sentenze emesse dalla Corte interamericana dei diritti umani. – 6. Il Messico di fronte al sistema interamericano dei diritti umani. – 7. Conclusioni.

Reclamo la indignación y reclamo el inconformismo. No es posible seguir viviendo en un mundo en el que cada día hay más pobres, en el que desaparecen especies animales, culturas, idiomas, años de historia, donde la desesperanza se apodera de los viejos y de los jóvenes.

JOSÉ SARAMAGO

1. PREMESSA

Oggi, la situazione dei diritti dell'uomo in America Latina, varia molto da paese a paese. Le nostre democrazie registrano importanti progressi istituzionali, tuttavia, paradossalmente, i contrasti persistono e si evidenziano in elementi come la disuguaglianza nella distribuzione delle ricchezze, la denutrizione dei bambini, l'analfabetismo, le violazioni dei diritti degli indigeni, la violenza contro le donne, gli omicidi dei difensori di diritti umani e dei giornalisti. Così, deplore-

[1] Vorrei ringraziare Tania Groppi, Alfonso Celotto e Nicola Vizioli per il loro aiuto a correggere questo testo.

[2] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

volmente, in alcuni paesi le sparizioni forzate, le esecuzioni sommarie e la tortura hanno raggiunto proporzioni allarmanti. In altri, centinaia di detenuti innocenti restano in carcere. In altri ancora sono comuni la brutalità della polizia, le condizioni disumane nelle carceri e le violazioni dei diritti economici e culturali. Ancor di più, una violazione che è comune nella maggior parte dei paesi dell'America Latina è l'impunità dei responsabili di abusi contro i diritti umani. Così, «il gran dramma dei paesi latinoamericani da quando hanno la loro indipendenza è stato la pervicace lotta per la loro libertà, per la democrazia ed in generale per la effettività reale dei diritti umani fondamentali, fini primari del diritto costituzionale» [3].

Muovendo da questa realtà, nel continente americano, i diritti umani sono protetti al livello nazionale attraverso diversi strumenti di difesa come *l'habeas corpus*, il giudizio di *amparo* ed il *mandado da segurança*. Così, il compito di tutelare i diritti umani rappresenta per lo Stato l'esigenza di provvedere e mantenere le condizioni necessarie affinché, in una situazione di giustizia, pace e libertà, le persone possano godere realmente di tutti i loro diritti. Tuttavia, bisognerebbe domandarsi quello che succede nel caso in cui lo Stato non riesca a garantire i diritti umani.

Nell'ambito del continente americano, i diritti umani vengono protetti dalla Commissione e dalla Corte Interamericana dei Diritti dell'uomo. Da un lato, la Commissione, creata dalla Carta dell'OEA (Organización de Estados Americanos), ha la responsabilità di assicurare l'applicazione dei trattati internazionali sui diritti umani in tutto il continente, cosa che fa attraverso relazioni sulla situazione dei diritti umani nei diversi paesi e ricevendo denunce di violazioni individuali. Da parte sua, la Corte si occupa di casi individuali di violazioni dei diritti umani nei paesi che hanno accettato la sua competenza, ed emette decisioni autoritative.

In questo quadro generale, ci proponiamo di dare una idea della protezione processuale dei diritti umani in America Latina; spiegheremo, così sia pure brevemente, le funzioni della Commissione e della Corte Interamericana dei Diritti dell'uomo; di seguito, analizzeremo brevemente l'evoluzione del risarcimento e dell'indennizzo nel sistema interamericano e, infine, ci addentreremo nel problema dell'efficacia delle sentenze emesse dalla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo.

2. Alcuni cenni sulla protezione processuale dei diritti umani in America Latina

Sarebbe falso sostenere che in America Latina non si sono fatti progressi nella protezione dei diritti dell'uomo. Per ciò, possiamo dire che la protezione pro-

---

[3] J.L. Soberanes Fernandez-H. Fix Zamudio, *Latinoamérica: Constitución, proceso y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 1988, 7.

cessuale e giuridica di questi diritti ha conosciuto una considerevole evoluzione negli ultimi anni, trasformandosi in un sistema molto complesso. Facendo un po' di storia, a partire dal secolo XIX, si sono introdotti in maniera graduale due strumenti tradizionali, ispirati al diritto angloamericano. Abbiamo l'*hábeas corpus* per proteggere la libertà e l'integrità personale e, il ricorso di *amparo*, per tutelare i restanti diritti costituzionalmente garantiti.

Addentrandoci un po' nel ricorso di *amparo*, possiamo dire che, *sticto sensu*, è previsto in molti ordinamenti dell'America Latina e, *lato sensu*, che questo si è evoluto negli ordinamenti più recenti, e non comprende più solo la tutela dei diritti fondamentali della libertà ed integrità personale. Adesso, per influenza della giurisprudenza della Corte Suprema dell'Argentina *l'amparo* si è ampliato alla tutela dei gruppi sociali [4]. Unitamente a ciò, si è ampliata la protezione del diritto di *amparo* in relazione ai diritti protetti dai trattati internazionali. Ad alcuni di questi trattati è stato addirittura riconosciuto in maniera espressa il rango gerarchico delle norme costituzionali [5].

Per quel che riguarda il controllo giurisdizionale di costituzionalità delle disposizioni dei trattati internazionali in America Latina abbiamo fondamentalmente due fasi. La prima, su influenza degli Stati Uniti, implica la possibilità di impugnare di fronte ai tribunali nazionali i trattati internazionali per incostituzionalità poiché, quando vengono incorporati nel diritto interno, sono considerati come leggi ordinarie di carattere nazionale. La seconda e più recente fase riconosce un posto gerarchico superiore alle norme di carattere sopranazionale [6].

Possiamo affermare che, sebbene questa situazione abbia avuto uno sviluppo molto lento per la sfiducia tradizionale dell'America Latina verso gli organismi internazionali, si è consolidata almeno in due settori: cioè nel campo dei diritti umani e in quello dell'integrazione economica. Come esempi abbiamo gli ordinamenti dell'Ecuador e di Panama, i quali riconoscono espressamente le norme e i principi del diritto internazionale; quelli dell'Honduras ed El Salvador che concedono ai trattati internazionali un grado gerarchico superiore alle leggi ordi-

---

[4] Nelle più recenti costituzioni latinoamericane e specialmente nella brasiliana dell'ottobre del 1988 si sono introdotti *il mandato di segurança collettivo, l' hábeas data, il mandato di injunçao, la acción de cumplimiento y las acciones populares de carácter constitucional*. Ugualmente, esistono il *recurso de protección* cileno e la *acción de tutela* colombiana.

[5] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, II ed., México, 1999, 341.

[6] Su un ricorso di amparo promosso dal Sindacato Nazionale di Controllori di Transito Aereo (*proyecto en revisión* 1475/98), la Suprema Corte di Giustizia della Nazione (Messico) stabilì che i trattati internazionali si collocano gerarchicamente al di sopra delle leggi ed al di sotto della Costituzione Federale. Ciò significa che affinché il Messico si rifiuti di applicare nell'ambito interno le decisioni di organismi internazionali, deve esistere un pronunciamento del più Alto Tribunale della Repubblica che consideri che il trattato o l'accordo internazionale rispettivo contiene disposizioni che violano le norme costituzionali.

narie e, infine, ordinamenti, come il Perù, che riconoscono ai trattati sui diritti il carattere di norme costituzionali [7].

3. Il sistema interamericano dei diritti dell'uomo

Non possiamo dimenticare che il sistema interamericano ha preso come modello il sistema europeo, ma con sfumature peculiari che si sono accentuate in maniera graduale. Il sistema interamericano dei diritti umani si struttura in due organismi che sono la Commissione e la Corte interamericana dei diritti umani, i quali sono strettamente correlati tra loro.

La Commissione Interamericana dei diritti dell'uomo [8], è un organo dell'Organizzazione degli Stati Americani (OEA) creato al fine di promuovere l'osservanza e la difesa dei diritti dell'uomo riconosciuti nella Dichiarazione e nella Convenzione Americana. Essa funziona come organo consultivo dell'Organizzazione in materia di diritti umani. Quanto alla sua composizione, la Commissione è composta da sette esperti designati dall'Assemblea Generale per un periodo di quattro anni, rieleggibile una sola volta. Le funzioni ed attribuzioni della Commissione Interamericana vanno dalla promozione alla difesa dei diritti dell'uomo, comprendendo, nell'ambito di queste ultime, l'ammissione e la trattazione di reclami individuali sulle violazioni dei diritti da parte degli Stati che hanno firmato la Convenzione Americana o che sono solo membri dell'Organizzazione e che non l'hanno ratificata [9]. Inoltre, la Commissione è autorizzata a pronunciarsi sulle violazioni gravi dei diritti dell'uomo, nonché a realizzare visite *in loco*. Evidentemente, la funzione di maggiore significato è quella relativa all'esame di ricorsi individuali. In questo caso, secondo l'articolo 50 della Convenzione, se non si arriva ad una soluzione negoziata, la Commissione può formulare una prima relazione che contenga le raccomandazioni per riparare alle violazioni. Qualora queste raccomandazioni non siano rispettate, la Commissione può sot-

---

[7] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos*, cit., 341.

[8] Secondo la Convenzione Americana, lo Statuto, ed il suo Regolamento, approvato nel 1980 con varie modificazioni posteriori.

[9] Gli stati membri dell'Organizzazione degli Stati Americani sono Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasile, Canada, Colombia, Costa Rica, Cile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Stati Uniti, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Repubblica Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay e Venezuela.

La Convenzione Americana di Diritti Umani è stata ratificata da Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Cile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay e Venezuela.

toporre il caso alla Corte [10], o formulare una seconda relazione con raccomandazioni finali. Se lo Stato non adempie queste raccomandazioni, la Commissione può dare notizia dell'impedimento nella Relazione Annuale di fronte all'Assemblea Generale.

Consideriamo importante sottolineare che la Commissione non è stata creata da un Trattato, bensì dalla VIII Risoluzione presa nella Quinta Riunione dei Ministri degli Esteri che si è svolta a Santiago del Cile nel 1959, ed il Consiglio dell'OEA ha approvato il suo Statuto il 25 di maggio del 1960. In principio, la Commissione ha avuto solo funzioni di promozione dei diritti umani, a partire dalla Dichiarazione Americana del 1948. Tuttavia, la Commissione stessa attraverso gli anni e attraverso una giurisprudenza coraggiosa ed innovativa, ha ampliato la competenza ristretta che le è stata conferita in origine [11].

Il secondo organo del sistema interamericano è la Corte dei diritti dell'uomo [12], un organo giudiziario autonomo incaricato dell'applicazione ed interpretazione della Convenzione Americana sui diritti umani. È composto da solo sette giudici designati dagli Stati che hanno firmato la Convenzione, a titolo individuale, e per un periodo di sei anni rinnovabile.

Le competenze fondamentali della Corte sono due: una di carattere consultivo ed una di tipo contenzioso.

a) *Funzione consultiva*: Può essere sollecitata non solo dagli Stati membri dell'Organizzazione, ma anche dalla Commissione interamericana e da altri organismi dell'OEA, e comprende l'interpretazione non solo della Convenzione Americana, ma anche di qualunque altro trattato sui diritti dell'uomo che abbia applicazione sul Continente Americano.

b) *Funzione giurisdizionale o contenziosa* [13]: La Corte interamericana può conoscere i casi che le sono sottoposti dalla Commissione interamericana o da uno Stato parte della Convenzione, sempre che gli Stati che agiscano di fronte ad es-

---

[10] «(...) se uno Stato parte della Convenzione Americana, ha accettato la giurisdizione della Corte Interamericana di diritti umani, (articolo 62 CADH), la Commissione potrà sottomettere il caso davanti alla stessa Corte, ma a patto che, in anticipo, si sia trasmessa al governo dello Stato convenuto, la relazione rispettiva». A. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, Porrúa-UNAM, Messico, 2000, 11.

[11] A. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, *op. cit.*, 2.

[12] Questa Corte è regolata dalla Convenzione Americana, dallo Statuto del 1979 e dai suoi regolamenti.

[13] Gli stati membri dell'Organizzazione degli Stati Americani che hanno accettato la competenza contenziosa della Corte Interamericana di Diritti Umani sono Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Colombia, Costa Rica, Cile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Messico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Repubblica Dominicana, Suriname, Uruguay e Venezuela.

sa abbiano riconosciuto in maniera espressa la competenza contenziosa del tribunale.

Fino a oggi, la Commissione ha sottoposto varie controversie alla Corte, la quale ha pronunciato varie sentenze di merito. La Corte si è attivata anche nel campo delle misure cautelari in situazioni d'urgenza per evitare danni irreparabili alle persone, sia nei casi che le sono sottoposti, sia su quelli che si trovano ancora di fronte alla Commissione. Nell'esercizio della funzione giurisdizionale o contenziosa, la Corte ha stabilito principi e regole sui risarcimenti per responsabilità internazionale degli Stati. Le sue decisioni hanno carattere vincolante per gli Stati firmatari, ai sensi all'art. 62 della Convenzione. Inoltre, le controversie sottoposte alla conoscenza della Corte possono riferirsi solo all'interpretazione ed applicazione delle disposizioni della Convenzione Americana, compresi i due Protocolli [14].

Purtroppo, la Convenzione Americana regola in forma molto limitata le relazioni tra la Commissione e la Corte interamericana:

a) La posizione della Commissione rispetto alla Corte. In questo caso, tanto la dottrina come la giurisprudenza della Corte sono arrivate alla conclusione che la Commissione non costituisce un'istanza previa di carattere giudiziario.

b) La natura giuridica della Commissione quando agisce di fronte alla Corte. Sebbene si sia ritenuto che la Commissione realizzi funzioni che sono qualificate come giudiziarie (in senso ampio) o paragiudiziarie, la sua attività di fronte alla Corte assomiglia a quella del pubblico ministero nell'ambito interno.

c) La rappresentanza della Commissione di fronte alla Corte. La Commissione – quasi sempre – designa tra i suoi membri agli avvocati delle vittime [15].

4. Responsabilità degli Stati condannati per la violazione dei diritti umani

Un punto centrale nel sistema interamericano dei diritti umani è che quando gli Stati diventano parti nella Convenzione Americana, non accettano perciò, *ipso facto*, la giurisdizione della Corte dei diritti umani [16]. La dichiarazione in cui lo Stato riconosce come pienamente obbligatoria la competenza della Corte, può essere fatta nel momento in cui lo Stato deposita il suo atto, sia di ratifica o di

---

[14] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, Messico, 2000, 221.

[15] Cfr. H. Fix Zamudio, *Protección Jurídica de los Derechos Humanos, Estudios Comparativos*, cit., 530.

[16] A. Gomez-Robledo Verduzco, *op. cit.*, 42.

adesione alla Convenzione Americana, o in qualunque momento successivo alla ratifica o adesione.

Nella riunione dei Cancellieri celebrata in Costa Rica nel 1999, è stato creato un Gruppo di Lavoro *ad hoc* per studiare e suggerire misure per il perfezionamento e rinvigorimento del sistema interamericano di difesa dei diritti umani. Il Consiglio permanente, da parte sua, nel quadro del *«Comité de temas jurídicos y políticos»,* ha preso due importanti decisioni che dovrebbero essere ratificate dalla prossima Assemblea Generale dell'OEA. La prima, riafferma che le sentenze della Corte sono definitive ed inappellabili e che gli Stati firmatari della Convenzione si impegnano ad eseguire le decisioni della Corte. Nella seconda decisione si raccomanda agli Stati membri che facciano tutti gli sforzi per compiere le raccomandazioni della CIDH. Perciò, come ha detto la Commissione di fronte all'Assemblea Generale nel mese di giugno di 1999, l'adempimento è fondamentale per la vitalità ed integrità del sistema dei diritti umani dell'Organizzazione [17].

La Convenzione Americana sui diritti umani stabilisce all'articolo 25, comma 2, lett. c) che gli Stati firmatari si impegnano a garantire l'esecuzione da parte delle autorità competenti di ogni decisione in cui sia dichiarato fondato il ricorso. Da parte sua, l'articolo 63 stabilisce che la Corte Interamericana disporrà che si risarcisca il soggetto leso nel suo diritto o libertà, potendo ordinare il pagamento di un'indennità. In questo caso, il risarcimento si esegue attraverso il procedimento di esecuzione delle sentenze in base al sistema processuale del paese condannato. Perciò, la «sentenza sopranazionale» ha *executio,* ma si deve ricorrere alla collaborazione dello Stato firmatario per rispettare le sue risoluzioni. La condizione giuridica del potere di esecuzione non sarebbe sottoposta, allora, all'*imperium* o *autorictas* della sentenza, bensì ai meccanismi interni che permettano di eseguire le decisioni [18].

Gli Stati che riconoscono come obbligatoria la competenza contenziosa della Corte devono:

a) Eseguire le decisioni della Corte (Convenzione Americana, articolo 68, comma 1)

b) Risarcire il soggetto leso. Se la Corte decide che c'è stata una violazione di un diritto o libertà protetti dalla Convenzione Americana, dovrà garantire al soggetto leso il suo diritto o libertà violati (Convenzione, articolo 63, comma 1).

c) Eseguire le misure cautelari che la Corte consideri utili, se lo richieda lo Stato interessato.

---

[17] Cfr. H. Bicudo, *Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomo I, Costa Rica, 2001, 229-234.

[18] Cfr. O.A. Gozaini, *El Proceso Transnacional, Particularidades Procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EDIAR, Argentina, 1992, 98.

d) Cooperare con la Corte nella pratica delle notificazioni o in altri adempimenti.

L'inadempimento di una sentenza della Corte determina una violazione aggiuntiva della Convenzione, impedendo l'accesso alla giustizia a livello tanto nazionale come internazionale.

Le sentenze emesse dai tribunali regionali dei diritti umani, tanto l'europeo come l'interamericano, hanno carattere obbligatorio ma non sono eseguibili direttamente nell'ambito interno. Le sentenze della Corte interamericana stabiliscono principi e regole sulla responsabilità degli Stati o nella sentenza di merito, oppure in una risoluzione speciale sui risarcimenti. Così, l'articolo 50 della Convenzione di Roma e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti umani hanno lasciato l'esecuzione dei risarcimenti agli Stati secondo il loro diritto interno, e solo nell'ipotesi di adempimento parziale o insoddisfacente la Corte europea stabilisce un'indennità equitativa per i danni. Invece, come sostiene il professor Héctor Fix Zamudio, la Corte interamericana dalle sue prime sentenze di condanna ha utilizzato in maniera diretta il diritto internazionale come base della responsabilità degli Stati, includendo l'indennità economica, nonostante che l'inciso 2 dell'articolo 68 della Convenzione stabilisca che la parte della sentenza che disponga indennizzo compensatorio si potrà eseguire nel rispettivo paese attraverso il procedimento interno vigente per l'esecuzione di sentenze contro lo Stato [19].

La ragione di questa differenza è che in America Latina [20] con poche eccezioni, non esistono norme interne per regolare l'esecuzione delle raccomandazioni della Commissione o delle sentenze della Corte Interamericana. Perciò è difficile l'applicazione dell'articolo 68, comma 2 della Convenzione Americana, in quanto stabilisce che la parte della sentenza che disponga una indennità si potrà eseguire nel rispettivo paese attraverso il procedimento interno vigente per l'esecuzione di sentenze contro lo Stato. Purtroppo, la regolazione di questo procedimento interno è assai inadeguato negli ordinamenti dell'America Latina, salve poche eccezioni [21].

Poiché è impossibile fare un esame generale delle sentenze di condanna della Corte, si segnalano alcuni esempi nella sua giurisprudenza sul sistema di responsabilità degli Stati e sulla reintegrazione dei diritti violati.

---

[19] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 222.

[20] Diciamo latinoamericano e non interamericano poiché né USA né Canada hanno sottoscritto la Convenzione Americana e tanto meno si sono sottomessi alla competenza giurisdizionale della Corte Interamericana.

[21] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 223.

a) *Casi* Velásquez Rodríguez *e* Godínez Cruz [22]

La Corte Interamericana fin dalle sue prime sentenze, rispetto all'Honduras, ha segnalato che la responsabilità dello Stato per infrazione dei diritti umani è vincolata dall'articolo 1, comma 1 della Convenzione Americana:

«*Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertados reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*».

Nelle sentenze di merito [23] dei casi Velásquez Rodríguez e Godínez Cruz, la Corte Interamericana ha stabilito che:

«*Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de los derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención*». (...) «*Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma del ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención*».

Nelle stesse sentenze la Corte interamericana ha sottolineato una seconda regola sulla responsabilità degli Stati firmatari della Convenzione:

«*La segunda obligación de los Estados Partes es la de "garantizar el libre" y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras al través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos*».

Come conseguenza di questo obbligo gli Stati devono prevenire, investigare e sanzionare ogni violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e procedere, inoltre, al ristabilimento, se è possibile, del diritto protetto e, se del caso, al risarcimento dei danni prodotti per la violazione dei diritti umani. Inoltre, è stato imposto anche al governo dell'Honduras il dovere di investigare non appena sussistesse l'incertezza sulla sorte delle persone scomparse; di prevenire la possibile commissione di sparizioni forzate; e sanzionare i responsabili diretti.

Quando la Commissione interamericana interpone una domanda di fronte alla Corte, essa segnala le misure di risarcimento che debbono imporsi allo Stato

---

[22] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez, Interpretación de la sentencia de indemnización compensatoria, Sentencia de 17 de agosto de 1990 (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, San José, Costa Rica, 1992.

[23] Dettate il 29 giugno del 1988 e 20 di gennaio del 1989, rispettivamente.

nell'ipotesi che la Corte lo consideri responsabile delle infrazioni segnalate. Evidentemente, le misure di risarcimento servono da base affinché il tribunale si pronunci sulle stesse. Per quel che riguarda la Corte Interamericana, l'articolo 63, comma 1 della Convenzione le concede la facoltà di stabilire la responsabilità dello Stato e il risarcimento corrispondente.

b) *Caso di* Aloeboetoe [24]

Un altro caso molto importante in materia di risarcimento nella giurisprudenza della Corte interamericana è quello di Aloeboetoe ed altri, su domanda presentata di fronte al Tribunale dalla Commissione di diritti umani contro il governo del Suriname il 27 agosto di 1990. Il governo del Suriname aveva assassinato diversi membri della tribù di Saramaca, la quale conserva ancora tradizioni africane e, pertanto, non dà importanza al denaro, bensì al baratto. Questo caso è stato molto complicato per la Corte Interamericana poiché il problema consisteva nel determinare l'indennità de pagare alla tribù. Perciò, il Tribunale visitò la tribù per potere determinare, basandosi sul suo modo di vita, la maniera nella quale andava pagata. Infine, la Corte creò un'organizzazione a beneficio della tribù.

c) *Caso* Loayza Tamayo [25]

Nel caso Loayza Tamayo, il governo del Perù violò a danno di María Elena Loayza Tamayo diversi precetti della Convenzione Americana relativi alla libertà e all'integrità personali ed al giusto processo [26]. La Corte interamericana ha deciso che lo Stato peruviano doveva liberare la signora Loayza Tamayo entro un termine ragionevole e in conformità alle sue disposizioni di diritto interno; inoltre, ordinò che si facesse un nuovo processo.

Così, la Corte interamericana ha stabilito, nella sentenza di merito [27] che gli

---

[24] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones (Art. 6301 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993*, San José, Costa Rica, 1994.

[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones (Art. 6301 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1983*, San José, Costa Rica, 2000.

[26] Vedere Articolo 8, inciso 4 della Convenzione Americana ed il Caso Loayza Tamayo.

[27] In detta sentenza (del 17 settembre 1997) si stabilì che, in conformità con la regola di interpretazione contenuta nell'articolo 31.1 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati, il termine raccomandazioni usato dalla Convenzione Americana deve essere interpretato conformemente al suo senso corrente; tuttavia, in virtù del principio in buona fede sancito nello stesso articolo 31.1, se un Stato sottoscrive e ratifica un trattato internazionale, specialmente se si tratta di diritti umani, come è il caso della Convenzione Americana, ha l'obbligo di realizzare inoltre i suoi migliori sforzi per applicare le raccomandazioni della Commissione Interamericana.

Stati interessati devono realizzare i loro migliori sforzi per implementare le misure per applicare le sentenze emesse dalla Corte. Inoltre, non possono trascurare le raccomandazioni o ignorarle, perché, se lo fanno, secondo l'articolo 51 della Convenzione, la Corte sottopone il caso all'Assemblea Generale dell'OEA nella relazione annuale della Commissione. È importante menzionare che non esiste nel sistema interamericano un organo simile al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che trasmetteva agli Stati le raccomandazioni della Commissione europea durante il periodo del suo funzionamento, affinché venissero eseguite [28].

5. Posizione di alcuni paesi latinoamericani rispetto alle sentenze emesse per la Corte interamericana dei diritti umani

Facendo un'analisi della legislazione latinoamericana in materia di adempimento delle sentenze emesse dalla Corte interamericana dei diritti umani, è evidente che sono pochi i casi nei quali sono state adottate disposizioni specifiche per l'adempimento di raccomandazioni e sentenze compensatorie degli organismi internazionali. Ciò nonostante, ci sono due esempi chiari in Perù e Colombia, ed un progetto in Argentina.

Nel caso peruviano, l'articolo 205 della Costituzione del 1993 dispone che:

«*Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte*».

La disposizione si completa con i precetti relativi della Legge di *Hábeas Corpus* e di Difesa pubblicata nel 1982 (articolo 40 del titolo «De la Jurisdicción internacional»):

«*La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencia*» [29].

Tuttavia, è paradossale che, nonostante queste norme interne, il Perú è uno degli Stati che hanno ignorato di piú le sentenze della Corte interamericana dei diritti.

---

[28] H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 220.

[29] Cfr. H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 233.

La Colombia, da parte sua, ha legiferato su questa materia con la l. n. 288 del 1996, nella quale si stabiliscono strumenti per rendere effettivi i risarcimenti stabiliti da alcuni organismi internazionali dei diritti. La legge si riferisce solo al Comitato dei diritti umani del Patto Internazionale di diritti civili e politici delle nazioni unite ed alla Commissione interamericana di diritti umani. Ciononostante, l'interpretazione di questo precetto, dovrebbe includere anche la Corte interamericana, se prendiamo in considerazione che il governo colombiano si è sottoposto alla sua competenza contenziosa nel 1985.

In Argentina fu presentato un disegno di legge per l'applicazione delle sentenze della Corte Interamericana di diritti umani. Tuttavia, per i problemi che si sono avuti in questi ultimi mesi, il progetto è rimasto in attesa di essere analizzato dal parlamento.

6. Il Messico di fronte al sistema interamericano dei diritti umani

L'ordinamento messicano è ancora molto in ritardo nella materia della responsabilità patrimoniale dello Stato nell'ambito interno ed anche rispetto alle decisioni degli organismi internazionali dei diritti umani. Ciò è preoccupante perché questo paese si è sottoposto espressamente alla facoltà giurisdizionale della Corte interamericana il 16 dicembre del 1998.

Consideriamo necessario realizzare una breve ricostruzione dell'evoluzione della responsabilità patrimoniale dello Stato in Messico. Da una parte, e fino alle riforme del 1994, ad eccezione di alcune materie come l'espropriazione, praticamente non esisteva il riconoscimento della responsabilità economica dello Stato messicano per gli atti illeciti dei suoi impiegati e funzionari. Il Codice Civile di Cittá del Messico, applicabile a tutta la Repubblica in materia federale, stabiliva solo la responsabilità sussidiaria dello Stato per questi atti illeciti. Ciò nonostante, la riforma del 10 gennaio del 1994 avviò un cambiamento molto limitato nella responsabilità economica dello Stato per la condotta illecita dei suoi dipendenti. Con questa modificazione, il Codice Civile riconobbe la responsabilità solidale nei casi illeciti dolosi, mantenendo quella di carattere sussidiario per gli altri [30].

Tuttavia, la responsabilità patrimoniale fu regolata nelle riforme legislative del 1994 in maniera meno limitata poiché si modificarono diversi precetti della *Ley de Responsabilidad* del 1982 (per i pubblici dipendenti del Governo Federale e della Cittá del Messico). Perciò, l'attuale articolo 77 *bis* di detto ordinamento dispone che:

«*Cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público y que la falta administrativa haya causado*

[30] *Idem*.

daños y perjuicios a particulares, éstos podrán acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de la Contraloría General de la Federación (hoy Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo), *para que ellas directamente reconozcan la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente, sin necesidad de que los particulares acudan a la instancia judicial o a cualquiera otra. -El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización hecha a los particulares. – Si el órgano del Estado niega la indemnización o si el monto no satisface al reclamante, se tendrán expeditas, a su elección, la vía administrativa o judicial. – Cuando se haya aceptado una recomendación de la Comisión de Derechos Humanos en la que se proponga la reparación de daños y perjuicios, la autoridad competente se limitará a su determinación en cantidad líquida y la orden de pagar respectiva*».

È anche necessario menzionare quanto disposto su questa materia dalla *Ley sobre la celebración de tratados* [31], che, nel suo articolo 11 stabilisce che:

«*Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 81 (sobre los lineamientos que debe contener cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que establezcan mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que son parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales), tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables*».

Tuttavia, l'articolo 11 della *Ley sobre la celebración de tratados* contiene una disposizione che va rivista sulla base degli impegni assunti dallo Stato messicano ratificando convenzioni multilaterali su diritti umani. In effetti detto precetto dispone che*:*

«*El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 81, cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación*» [32].

È evidente che le norme menzionate sono insufficienti. Tuttavia, devono ritenersi solo un inizio di un riconoscimento più ampio della responsabilità patrimoniale dello Stato messicano. Così, l'ideale sarebbe una riforma costituzionale dell'art. 113 della Costituzione Federale e l'adozione di una Legge Federale di

---

[31] Evidentemente, detto ordinamento deve perfezionarsi in virtù dell'evoluzione del diritto internazionale.

[32] Cfr. H. Fix Zamudio, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, cit., 236.

Responsabilità Patrimoniale dello Stato. Nell'art. 21 del progetto di Legge Federale si considera necessario stabilire che i precetti di detto ordinamento siano applicabili per adempiere le sentenze della Corte e le raccomandazioni della Commissione interamericana dei diritti umani, accettate queste ultime dallo Stato messicano, quando si riferiscano al pagamento di risarcimenti [33].

È necessario menzionare che questa riforma in corso di esame da parte del parlamento, presenta molteplici carenze, specialmente nel caso dei diritti umani, poiché, ad esempio, la *vacatio legis* della stessa è di due anni. Perciò riteniamo che sarebbe necessaria una riforma meno «timida» per assicurare la pronta ed efficace applicazione delle sentenze in materia di diritti umani.

D'altra parte, non possiamo perdere di vista che nel 1999, a seguito di un giudizio di *amparo* promosso dal Sindacato Nazionale dei Controllori del Transito Aereo (1475/1998), la Suprema Corte di Giustizia del Messico ha stabilito che i trattati internazionali si collocano gerarchicamente al di sopra delle leggi, ma al di sotto della Costituzione Federale. Ciò significa che affinché il Messico possa rifiutarsi di applicare nell'ambito interno le decisioni di organismi internazionali, deve esistere una pronuncia del più Alto Tribunale della Repubblica che ritenga che il trattato o l'accordo internazionale contenga disposizioni contrarie alle norme costituzionali. Ovviamente, la sentenza ha suscitato innumerevoli dibattiti che, per questione di spazio, non è possibile trattare nel presente lavoro [34].

Perciò, è chiaro che il Messico ha una grave lacuna in quanto non dispone di una legislazione interna che preveda la maniera di eseguire una sentenza emessa dalla Corte interamericana dei diritti umani. Nella pratica ci sono stati casi di risarcimento nei quali lo Stato Messicano, se è arrivato ad accettare il risarcimento (evidentemente per ragioni politiche), l'ha fatto utilizzando capitoli di bilancio diversi, in mancanza d'un capitolo specifico. Perciò, è necessario creare tutto un sistema di norme che permetta il migliore funzionamento delle sentenze emesse non solo dalla Corte interamericana dei diritti umani, bensì da qualunque tribunale straniero del quale il Messico abbia ratificato la competenza.

7. Conclusioni

1. La situazione attuale dei diritti umani in America Latina varia molto da paese a paese, registrandosi grandi contrasti. Purtroppo, benché i paesi latinoameri-

---

[33] Cfr. A. Castro Estrada, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, Porrúa, Messico, 1997, 67-122 y 397-510.

[34] Più ampiamente sul tema v. «*Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal*», en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Núm. 3, México, 2000, 169-209.

cani abbiano registrato importanti progressi istituzionali e materiali, gli abusi contro i diritti umani persistono in maniera significativa.

2. In America Latina i diritti vengono protetti da diversi strumenti di difesa come «*l'habeas corpus, «il giudizio di amparo, il mandado de segurança, l'hábeas data, il mandado di injuçao, la acción de cumplimiento, las acciones populares de carácter constitucional, el recurso de protección* e *la acción de tutela*».

3. In America Latina i diritti umani sono protetti dalla Commissione e dalla Corte interamericana dei diritti umani. La Commissione ha la responsabilità di garantire l'esecuzione dei trattati internazionali dei diritti umani in tutto il continente, attraverso la stesura di relazioni sulla situazione dei diritti umani in diversi paesi e ricevendo denunce individuali di violazioni. Da parte sua, la Corte studia casi individuali di violazioni dei diritti umani in paesi che hanno accettato la sua competenza, ed emette decisioni autoritative.

4. Gli Stati firmatari della Convenzione Americana su diritti umani devono procedere ad un «esame di coscienza» per porre in essere gli atti pertinenti al fine di avere un sistema capace di assicurare la reale salvaguardia dei diritti umani. Per ciò, è necessario agire tanto sul piano del diritto interno come su quello internazionale.

In primo luogo, è imprescindibile la ratifica o adesione della Convenzione Americana da parte di tutti gli Stati del continente. In secondo luogo, è necessario adottare le misure nazionali indispensabili per l'attuazione della Convenzione che assicurino l'applicabilità diretta delle sue norme nel diritto interno. Un terzo momento consisterebbe nell'accettazione integrale della competenza contenziosa della Corte interamericana da parte di tutti gli Stati firmatari della Convenzione, accompagnata dalla previsione dell'automatismo senza restrizioni della giurisdizione obbligatoria della Corte per tutti gli Stati membri.

5. La Corte interamericana non è un tribunale sopranazionale autorizzato a revocare o annullare le decisioni definitive dei tribunali interni. Più ancora, nella pratica, la generalità delle sentenze della Corte interamericana sono state di carattere risarcitorio.

6. Le regole e principi su responsabilità e risarcimento creati dalla Corte interamericana si sono perfezionate gradualmente e sono diventate più complessi. Possiamo segnalare che il concetto di risarcimento è molto ampio e comprende diverse attività compensatorie.

7. Sono pochi i paesi latinoamericani che hanno creato procedimenti per l'esecuzione nell'ambito interno delle decisioni adottate dagli organismi internazionali. Tra essi, dobbiamo menzionare le disposizioni contenute nella legislazione del Perù e della Colombia, e anche il progetto di legge dell'Argentina. Quanto al Messico, esiste un ritardo evidente riguardo al riconoscimento della responsabilità patrimoniale dello Stato, poiché praticamente questo istituto non esisteva (salve alcune eccezioni come l'espropriazione per causa di pubblica utilità). Un limitato progresso si è realizzato mediante la riforma legislativa del gennaio del 1994, che, da un lato, ha modificato il Codice Civile e, da un altro, ha applicato alcuni precetti della Legge Federale sulla Responsabilità del 1982. Tut-

tavia, la dottrina ha segnalato la necessità di realizzare una riforma costituzionale e di emanare una Legge Federale sulla Responsabilità Patrimoniale dello Stato i cui procedimenti possano applicarsi anche alla responsabilità internazionale. Il Parlamento ha dato avvio a questa riforma: si tratta però di una riforma molto «tiepida» che pone numerosi ostacoli soprattutto per quanto riguarda i diritti umani. Solo come esempio, basti pensare che la *vacatio legis* prevista è di due anni.

Città Universitaria, Coyoacán, Messico, aprile del 2002.

Fonti

1.1. *Volumi*

Carpizo Jorge y Madrazo Jorge, *Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, Serie A. Fuentes b) textos y estudios legislativos, núm. 32, México, 1983.

Castro Estrada Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado,* Porrúa, México, 1997.

Comision Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, OEA, Washington, D.C., 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (actualizado a diciembre de 1999),* San José, Costa Rica, 2000.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 tomos, Costa Rica, 2001.

Faundez Ledesma Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y procesales*, 2ª edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1999.

Fix Zamudio Héctor, *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución Mexicana,* UNAM, México, 1955.

Fix Zamudio Héctor, *La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas-UNAM, México, 1982.

Fix Zamudio Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, Porrúa, México, 1985.

Fix Zamudio Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y Derechos Humanos*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1988.

Fix Zamudio Héctor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, 1ª reimpresión, CNDH, México, 1997.

Fix Zamudio Héctor *(coord)., México en las declaraciones de derechos humanos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 18, México, 1999.

GARCIA RAMIREZ Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 71, México, 2001.

GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO Alonso, *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano,* UNAM-Porrúa, México, 2000.

GOZAINI Osvaldo Alfredo, *El Proceso Transnacional, Particularidades Procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, EDIAR, Argentina, 1992, p.93.

HERRERA Y LASSO Manuel, *Estudios de Derecho Constitucional*, Polis, México, 1940.

LEVIN Leah, *Derechos Humanos*, UNESCO, París, 1981,

MADRAZO Jorge, *Temas y Tópicos de Derechos Humanos*, CNDH, México,1995.

VALADÉS Diego y GUTIÉRREZ RIVAS Rodrigo (coord.), *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 64, México, 2001.

1.2. *Articoli*

CASTRO ESTRADA Álvaro, *Síntesis sobre los aspectos más relevantes de la propuesta de incorporación de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, al ordenamiento jurídico mexicano*, en *Quórum,* Año VIII, no. 67, julio-agosto, 1999, 169-164.

CASTRO ESTRADA Álvaro, *10 razones para incorporar la Responsabilidad Patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico*, en *El mundo del abogado*, año 4, núm. 30, octubre 2001, México, 36-48.

CORZO SOSA Edgar, et al., *Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal*, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, México, 2000.

FIX ZAMUDIO Héctor, *La evolución del Derecho Internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas*, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Fray Bartolomé de las Casas.* Año 1, febrero-octubre. Núm. I, Madrid, 1993, 225-236.

FIX ZAMUDIO Héctor, *La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, en *Memoria del Seminario Internacional sobre la Responsabilidad Patrimonial del Estado*, Instituto Nacional de Administración Pública, México, 2000, 205-246.

ORTIZ ORTIZ Eduardo, *Dimensiones constitucionales de los Derechos Humanos en América Latina: (VII) Glosa al informe Haba*, en *Revista Constitucional, Corte Suprema de Justicia*, Año XI, núm. 40, San José, 1987, 13-34.

IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO E LE CORTI D'EUROPA

ITZIAR GÓMEZ FERNÁNDEZ E ROSA VELÁZQUEZ ÁLVAREZ [1]

SOMMARIO: *Sezione I.* GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE SPAGNOLA E DIRITTO COMUNITARIO. – 1. Il Tribunale costituzionale spagnolo come organo «*estraneo*» al c.d. sistema giurisdizionale comunitario europeo. – 1.1. Assenza di controllo dell'adeguamento al diritto comunitario delle norme (legali) di diritto interno. – 1.2. Assenza di controllo sulle pronunce degli organi giurisdizionali. – 1.3. Omissione del sollevamento da parte del Tribunale costituzionale della questione pregiudiziale (art. 177 Trattato CE, nuovo 234). – 2. Il Diritto Comunitario nell'esercizio della giurisdizione costituzionale. – 2.1. Premesse: assunzione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della giurisprudenza comunitari. – 2.2. Come parametro di costituzionalità?. – 2.3. Spunti sparsi di utilizzo del Diritto comunitario con riguardo ai diritti fondamentali. – 2.4. Come canone ermeneutico attraverso l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola. – 2.5. Come elemento nelle dispute sulle competenze. – *Sezione II.* GIUSTIZIA COSTITUZIONALE E PROTEZIONE REGIONALE EUROPEA DEI DIRITTI UMANI. IL RAPPORTO TRA IL TRIBUNALE COSTITUZIONALE SPAGNOLO E LA CORTE DI STRASBURGO. – 1. L'applicazione indiretta. La Carta e la giurisprudenza della Corte Europea di Diritti dell'Uomo come parametro di interpretazione dei diritti fondamentali. L'art. 10, comma 2, Cost. spagnola. – 1.1. Senso e portata giuridica del comma 2 dell'art. 10 CE. – 1.2. Le fonti del sistema europeo di protezione dei diritti che servono da parametro interpretativo. – 2. L'applicazione diretta. L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea di Diritti dell'Uomo.

Sezione I – GIURISDIZIONE COSTITUZIONALE SPAGNOLA E DIRITTO COMUNITARIO

In questa esposizione lo schema è stato costruito a partire della giurisprudenza del Tribunale costituzionale in materia comunitaria, mettendo fra parentesi le opinioni della dottrina che vengono peraltro citate come contropunto a seguito

[1] La versione italiana di questo lavoro é stato tradotto da Gianluca Famiglietti e Rosa Velázquez Álvarez. Le autrici ringraziano il Dott. Famiglietti per il suo aiuto e la disponibilità dimostrata.

del trattamento di ogni aspetto. Si è privilegiato così lo sguardo del giudice costituzionale senza dimenticare i suoi critici.

Innanzitutto deve mettersi in luce il fatto che la Costituzione spagnola deve disciplinare i rapporti con il diritto comunitario quando la lunga esperienza degli altri paesi comunitari aveva già fornito strumenti per affrontare il problema; questo si fece, per giunta, con una visione assai meno dualista di quella prevalsa fino a tempi recenti per esempio in Italia [2].

1. Il Tribunale costituzionale spagnolo come organo «*estraneo*» al c.d. sistema giurisdizionale comunitario europeo

È stato lo stesso Tribunale costituzionale a situarsi al di fuori di questo schema con una dottrina che, paradossalmente, si è espressa attraverso delle pronunce del Tribunale costituzionale – non sempre di rigetto – che avevano a che fare col diritto comunitario. Nonostante tutto ciò, si possono individuare alcuni punti fermi della giurisprudenza in materia che si reiterano nei percorsi giurisprudenziali. Su questo punto prende avvio l'analisi di quegli «attegiamenti di autoesclusione» che effettua il Tribunale costituzionale pur non riuscendo ad evitare completamente di essere «trascinato» nel complesso rapporto con la Corte di giustizia CE attraverso il Diritto comunitario. Una lettura da parte della dottrina [3], vedrebbe questa giurisprudenza come una sorta di «ribellione» [4] da parte del giudice costituzionale spagnolo nei confronti della Corte di giustizia CE. C'è un'altra dottrina però, che toglie importanza a quest'interpretazione e considera, piuttosto, che tali dichiarazioni abbiano un senso più procedimentale, in modo da responsabilizzare i giudici comuni in merito alla loro funzione nei confronti del diritto comunitario.

1.1. *Assenza di controllo dell'adeguamento al diritto comunitario delle norme (legali) di diritto interno*

Il Tribunale costituzionale spagnolo si è astenuto dal realizzare un controllo di «comunitarietà» delle leggi di attuazione del diritto comunitario adducendo la

---

[2] J.F. Lopez Aguilar, *Ordinamento costituzionale e ordinamento comunitario: l'esperienza spagnola*, in *Quad. cost.*, XVIII, n. 3, dicembre 1998, 423-447 (in partic. p. 434).

[3] *Contra*, P. Pérez Tremps, *La Constitución española antes y después de Niza.* In *Cuadernos de Derecho Público*, n. 13: Constitución europea, constituciones internas e integración. Mayo-agosto 2001, 267 ss.

[4] A. Jiménez Blanco, *Notas sobre la sentencia 64/1991, de 22 de marzo (asunto APESCO)*, in *Noticias de la UE*, nùm. 118, nov. 1994, p. 61 ss.

non deducibilità dall'art. 93 Cost. spagnola di alcun vincolo materiale per il legislatore interno. In questo senso è di particolare rilevanza la sent. n. 28 del 1991 (Caso delle elezioni al Parlamento europeo), dove esplicitamente si qualifica la norma costituzionale dell'art. 93 come un precetto di natura esclusivamente «organico-procedimentale»; qualifica ripresa nel Parere vincolante emesso dal Tribunale Costituzionale (1 luglio 1992) con riguardo alla ratifica del Trattato di Maastricht che costrinse il legislatore ad avviare un processo di riforma costituzionale di scarso rilievo per il complesso del testo normativo. Quest'ultima dichiarazione del Tribunale è stata diversamente interpretata dalla dottrina. Pérez Tremps [5] ritiene che le teorizzazioni giurisprudenziali avutesi a seguito di Maastricht non manchino di avere una qualche rilevanza giuridica, ma comunque non di prim'ordine, giacché, altrimenti, si evidenzierebbe un netto contrasto con tutta la giurisprudenza precedente esemplificata nella pronuncia sulle elezioni europee. López Aguilar, dal canto suo, intravede una importanza maggiore affermando: «Il Tribunale Costituzionale ha stabilito la necessità ineluttabile di procedere, né più né meno, alla previa riforma della Costituzione» [6]. La dottrina è unanime nel sostenere che il contenuto centrale del parere del '92 è quello di aver escluso l'ipotesi di cessione della titolarità del potere conferito dall'art. 93 Cost. spagnola; e cioè, soltanto il parlamento nazionale può attribuire all'Unione nuove competenze e, per far risiedere questo potere in un altro organo, nazionale o comunitario che sia, è necessaria, infatti, la riforma della costituzione e dell'art. 93.

1.2. *Assenza di controllo sulle pronunce degli organi giurisdizionali*

– con riguardo alla questione pregiudiziale

La scelta fatta dal Tribunale costituzionale è quella di ritenere che il diritto al giusto processo (art. 24 Cost. spagnola) non sia vulnerato necessariamente a seguito del rifiuto del giudice *a quo* di sollevare la questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Lussemburgo, sempre che non abbia dubbi sull'interpretazione del diritto comunitario o se tale interpretazione non determini l'esito della controversia (SSTC 111/93, 180/93, 265/94 e 201/96 tra le molte decisioni a questo riguardo). È da rilevare, però, che già in quella prima sentenza il Tribunale costituzionale richiedeva che la risposta del giudice fosse motivata, il che parrebbe autorizzare a un ragionamento *a contrario*: se questa motivazione non

---

[5] P. Pérez Tremps, in *Cuadernos de Derecho Público* (p. 5 manuscrito).

[6] J.F. Lopez Aguilar, *Ordinamento costituzionale e ... loc. cit.* in partic. 432 ss. Anche S. Ortiz Vaamonde, *El Tribunal Constitucional ante el Derecho Comunitario*, in *Revista Espanola de Derecho Constitucional*, 61, Enero-Abril 2001, 301-347, in partic. 341, ritiene che «il Tribunale antepone la Costituzione spagnola all' ordinamento giuridico comunitario originario e derivato con riguardo alla sua applicazione in Spagna».

ci fosse, oppure non fosse ragionevole, ci si troverebbe di fronte ad un *vulnus* dell'articolo 24 Cost. spagnola. La Corte spagnola si è così allontanata dalla dottrina dei giudici costituzionali tedesco [7] ed austriaco, che hanno ritenuto violazione del diritto al giudice predeterminato dalla legge proprio il non aver sollevato la questione alla Corte di giustizia CE, dal momento che colui che è il supremo giudice autorizzato a porre l'interpretazione autentica del diritto comunitario sarebbe soltanto il giudice della Corte di giustizia della Comunità Europea [8].

– con riguardo all'applicazione del diritto comunitario

Essendo alla base della giurisprudenza del Tribunale costituzionale l'idea che l'applicazione del diritto comunitario sia una questione di legalità, e per ciò esclusa della sua competenza, ne consegue che il giudice costituzionale soltanto può astenersi dall'intervenire, non spettando a lui, di conseguenza, accertare la correttezza o meno delle pronunce dei giudici comuni a questo riguardo, il che sarebbe competenza esclusiva della Corte di giustizia delle Comunità Europee. Sono conseguenza di questa concezione sia la STC 180/93 che la 45/96.

Tale visione così stretta dei rapporti del Tribunale costituzionale col diritto comunitario non ha mancato di suscitare critiche dalla dottrina che ha più volte rilevato come, nei casi in cui il contenuto dei diritti fondamentali venga in qualche modo delimitato da norme comunitarie, il Tribunale costituzionale non potrà fare a meno di utilizzare (sia pur non dichiaratamente) questi riferimenti normativi allo scopo di verificare la adeguatezza agli imperativi costituzionali dell'attività applicativa svolta dal giudice *a quo*. La c.d. «estraneità» del Tribunale costituzionale dal diritto comunitario dovrebbe essere moderata dal fatto che, come succede per le altre norme dell'ordinamento di livello «non costituzionale», è talvolta ineluttabile verificarne la rilevanza costituzionale che, in qualche caso, possano rivestire. Quest'ipotesi si presenta quando non ci sia la motivazione del giudice *a quo* della mancata applicazione, quando la stessa sia presente ma sia irragionevole oppure nei casi in cui il giudice *a quo* non abbia ritenuto valida la norma comunitaria (quest'ultima possibilità altro non configurerebbe che una violazione del sistema delle fonti – comunitarie e non – che non potrebbe che meritare la censura del giudice costituzionale) [9].

---

[7] Avviatasi nella giurisprudenza costituzionale tedesca con la c.d. sentenza Solange II del 22 ottobre 1986.

[8] Per una critica nei confronti di questa soluzione vedasi S. ORTIZ VAAMONDE, *loc. cit.*, in partic. 338 e 340.

[9] Cfr. S. ORTIZ VAAMONDE, *loc. cit.*, 332.

1.3. *Omissione del sollevamento da parte del Tribunale costituzionale della questione pregiudiziale (art. 177 Trattato CE, nuovo 234)*

Il Tribunale costituzionale spagnolo non ha mai sollevato una questione pregiudiziale di interpretazione [10] alla Corte di Lussemburgo. Secondo la sua giurisprudenza (sopra esposta), non dovendo il Tribunale costituzionale applicare il diritto comunitario, è palese che, solo a prezzo di molte difficoltà, avrebbe potuto giustificare una consultazione del genere. Una sintesi per sommi capi di quest'*iter* logico potrebbe essere: se le norme comunitarie non possono avere rango costituzionale, allora al giudice costituzionale non interessa quale potrebbe essere la loro interpretazione autentica (compito questo della Corte di giustizia CE). La conseguenza pratica diviene così il logico corollario dell'approccio concettuale del Tribunale costituzionale al problema dei rapporti fra gli ordinamenti interno e comunitario: tra due ordinamenti autonomi non ci sarebbe bisogno per il Tribunale costituzionale di fare uso dell'art. 234 Trattato CE (vecchio 177), poiché nulla aggiunge un siffatto chiarimento allo svolgimento delle mansioni del Tribunale costituzionale. Questa giurisprudenza si coglie in diverse pronunce, tra le quali: SSTC 372/93, 143/94 e 265/94.

2. Il Diritto Comunitario nell'esercizio della giurisdizione costituzionale

È ovvio che nonostante questa spinta verso «l'estraneità», il tribunale non riesca a sottrarsi dalla fitta penetrazione che il diritto comunitario ha ormai compiuto all'interno di ogni ordinamento nazionale, con la conseguenza che, malgrado tutte le costruzioni sopra esposte, il Tribunale si trova spesso a avere a che fare col diritto comunitario in diversi contesti.

2.1. *Premesse: assunzione dei principi fondamentali dell'ordinamento e della giurisprudenza comunitaria*

È orientamento consolidato del Tribunale costituzionale spagnolo sostenere la vicendevole autonomia tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, vo-

---

[10] ... mentre ha affermato spesso la impossibilità di farlo in una giurisprudenza a cominciare dalla STC 64/91 e successivamente: 372/93, 143/94, 265/94. In senso contrario hanno agito la *Cour d'arbitrage* belga e il *Landesverfassungsgericht* de Hesse. Si vedano i commenti critici di G.C. Rodriguez-Iglesias e A. Valle Galvez, in *El Derecho Comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, julio-diciembre, 1997, 329-376, in partic. 361.

lendo così eludere, se possibile, le contraddizioni normative e permettendo i tentativi di soluzione delle antinomie che eventualmente si producano. Il Tribunale si è astenuto dall'assegnare una collocazione sistematica del diritto comunitario nella gerarchia delle fonti, essendosi limitato ad assumere la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità Europea, anche se, probabilmente, non ha tratto da essa tutte le conseguenze. Così si trovano accolti nella giurisprudenza costituzionale spagnola i principi di diretta applicabilità [11], prevalenza e autonomia istituzionale (SSTC 28/91, 64/91, 130/95 e 45/01, ad esempio).

Accanto a quest'accettazione delle fondamenta di ordinazione del diritto comunitario, la giurisprudenza costituzionale spagnola raccoglie una affermazione che ha provocato una forte polemica in dottrina sulla qualifica del conflitto interordinamentale diritto interno – diritto comunitario come un «conflitto tra norme *infracostituzionali*» (SSTC 49/88, 28/91, 64/91, 180/93, 265/94 e 147/96). Questa espressione del Tribunale è stata letta dalla dottrina maggioritaria come uno scostamento dalla concezione fissata dalla Corte di giustizia della Comunità Europea [12], anche se in realtà non è da escludere che il rilievo di questa espressione sia esclusivamente di carattere formale [13], finalizzata cioè allo scopo pratico dell'ambito processuale, costringendo quindi il giudice ordinario a decidere egli stesso tale conflitto nella misura in cui trattasi di una questione di legalità ordinaria da applicare al caso; a ciò si aggiunga il fatto che al Tribunale costituzionale non spetta la soluzione delle antinomie, poiché la suddetta attività appartiene alla determinazione della norma applicabile, ambito al quale il Tribunale non concede rilevanza costituzionale tranne che nei casi sopra indicati (SSTC 28/91, 64/91, 180/93, 372/93, 143/94 e 201/96).

Non può sicuramente affermarsi nell'ordinamento spagnolo che il Tribunale costituzionale abbia svolto un ruolo simile a quello che la dottrina tedesca attribuisce al *Bundesverfassungsgericht* come una «sorta di compensazione per la mancanza di un dibattito approfondito nell'arena politica» [14] con riguardo al Trattato di Maastricht e alla unione monetaria, anche se di un analogo tacitamento politico può parlarsi anche per la Spagna e forse in un modo più pesante. Il parere vincolante del Tribunale costituzionale riguardante il Trattato non ha la stessa portata della decisione presa nel 1992 dal Tribunale tedesco, giacché è meno esaustivo e meno esigente nel porre dei limiti espliciti alla evoluzione futura dell'Unione.

---

[11] Nonostante tutto, ci sono delle pronunce che non sembrerebbero molto rispettose di questo principio (STC 180/1993), come del resto rileva S. ORTIZ VAAMONDE, *op. loc. cit.*, p. 329.

[12] Cosí RODRIGUEZ-IGLESIAS e VALLE GALVEZ, *op. loc. cit*.

[13] PÉREZ TREMPS, *op. loc. cit.*

[14] In questo senso, vedasi J. KOKOTT, *Report on Germany*, in AA.VV., *The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, a cura di A.M. SLAUGHTER-A. STONE SWEET-J.H.H. WEILER, Oxford, 1998, in partic. 131.

2.2. *Come parametro di costituzionalità?*

La qualifica del diritto comunitario come «infracostituzionale» lo colloca al di fuori del c.d. *bloque de constitucionalidad* (STC 252/88 e 137/89), con la conseguenza che non verrà usato come parametro di costituzionalità nel giudizio sulle norme legali, ma questo effetto dovrebbe vedersi moderato nella misura in cui il diritto comunitario venga spesso annoverato tra gli strumenti dell'armamentario concettuale e normativo del quale fa uso il giudice costituzionale per risolvere conflitti tra le norme statali e quelle «autonomiche» sul versante competenziale interno: il diritto comunitario funziona senz'altro in questo campo come un efficace criterio interpretativo (SSTC 208/91, 236/91, 79/92, 117/92, 29/92, 147/96 e 45/01). Una situazione del genere – affatto chiara – ha portato la dottrina a tentare di spiegare questi «sbalzi» giurisprudenziali distinguendo tra il parametro «diretto» e quello «indiretto» di costituzionalità [15]; non essendo accettata la prima possibilità sarebbe però desumibile una prassi nel secondo senso [16]. In realtà il Tribunale cerca di aggirare la questione della rilevanza che il diritto comunitario ha a questo livello (costituzionale), vedendosi però infine costretto ad affermare che la interpretazione delle competenze «non va fatta nel vuoto» [17] ma prendendo il diritto comunitario come necessaria chiave d'interpretazione.

2.3. *Spunti sparsi di utilizzo del Diritto comunitario con riguardo ai diritti fondamentali*

La STC 64/91 (caso *APESCO*) analizzava un ricorso di *amparo* riguardante diritti fondamentali che sarebbero stati lesi dalla normativa comunitaria, ma il Tribunale già allora si pronunciò nel senso che il livello di protezione dei diritti nell'ambito comunitario era sufficiente a garantire le esigenze costituzionali, nello stesso tempo enunciando dei limiti al regime dei diritti fondamentali che non avrebbe potuto essere ridotto dalle disposizione comunitarie.

Il c.d. caso del contrabbando di tartarughe (STC 120/98) è uno degli esempi in cui il giudice costituzionale ha dichiarato legittima l'operazione di integrare il contenuto delle norme penali «in bianco» attraverso delle disposizioni comunitarie (nel caso un regolamento) accettando, a questo riguardo, che le stesse soddisfino le esigenze del principio di legalità penale. Un caso simile è costituito dalla STC 224/99 in cui il concetto penale di «molestia sessuale» viene integrato con

---

[15] J.I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *El Derecho Comunitario y el legislador de los derechos fundamentales*, IVAP, Oñati, 2001, 99.

[16] Anche se lo stesso autore rileva (*op. loc. cit.*) le non poche difficoltà a separare entrambe le ipotesi.

[17] Questa visione viene spiegata da UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, *op. loc. cit.*, 101, n. 194, riprendendo la citazione dalla sent. n. 13 del 1998.

norme comunitarie riguardanti il diritto alla riservatezza. Ma, accanto all'integrazione della fattispecie penale col diritto comunitario, si verificano molto più spesso casi di delimitazione del contenuto di un diritto «di configurazione legale» con l'elemento integrativo della normativa comunitaria [18].

È ovvio che alla fine il Tribunale costituzionale controlla la legalità nei casi in cui l'applicazione della stessa possa essere ritenuta contraria al «diritto alla tutela giudiziaria effettiva» (secondo la terminologia spagnola dell'art. 24 Cost. spagnola), indipendentemente dal fatto che, in questi casi, la legalità ordinaria sia di origine interna o comunitaria, ma questo resta implicito nella giurisprudenza costituzionale.

2.4. *Come canone ermeneutico attraverso l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola*

Il Tribunale costituzionale ha utilizzato il Diritto comunitario come parametro interpretativo di alcune norme costituzionali riguardanti diritti fondamentali considerandolo come «diritto internazionale dei diritti fondamentali» agli effetti dell'art. 10, comma 2, Cost. spagnola. Nel già citato caso *APESCO* si verifica quindi che il Tribunale stabilisce i confini di garanzia costituzionale del diritto, tenendo anche conto della normativa comunitaria sotto la veste di canone ermeneutico, ma evitando con cura di concedere a questa normativa la rilevanza che risulterebbe nel farla diventare canone diretto.

Il Tribunale ha pure integrato il diritto alla eguaglianza, sancito dall'art. 14 della Cost. spagnola, con l'appoggio del diritto comunitario, sia di quello normativo che di quello giurisprudenziale, nella sent. n. 136 del 1996. Questa linea giurisprudenziale non ha mancato di avere ondeggiamenti e di alimentare la discussione all'interno del Tribunale come é accaduto nella sent. n. 147 del 1996, dove due opinioni dissenzienti hanno messo in luce il fatto che nel caso in questione, contrariamente a quanto detto in occasione della sent. n. 136 del 1996, non si teneva conto della giurisprudenza comunitaria in materia.

È da rilevare una notevole apertura da parte del giudice costituzionale spagnolo nei confronti della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Il termine coniato dalla dottrina «iuscomunitaria» per descrivere questa tipologia di pronunce del Tribunale costituzionale é quello di «collaborazione» o «cooperazione» che dir si voglia [19]. Questa ricettività si osserva, da ultimo, anche nel fatto che

---

[18] Cfr. PÉREZ TREMPS, *op. loc cit.* e la giurisprudenza *ivi* citata.

[19] Vedasi tra gli altri la conferenza tenuta da J. LIMBACH, presso la facoltà di Giurisprudenza della *Humboldt Universität zu Berlin* (da reperire presso l'indirizzo elettronico *http://www.whi-belin.de*) il 29 giugno 2000 sotto il titolo «Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur». La giurista tedesca, nonchè giudice della *Bundesverfassungsgericht*, spiega in chiave di «*Kooperationsverhältnis*» i conosciuti fraintendimenti (secondo una difusa lettura in dottrina) tra Lussemburgo e Karlsruhe. (§ 26).

il Tribunale costituzionale spagnolo è stato il primo – tra tutti quelli dei Paesi membri – a utilizzare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea come argomento, sia pure *ad abundantiam*, in un suo pronunciamento [20] (STC 292/00), addirittura prima ancora che il testo fosse ufficialmente proclamato, essendo poi stata tale menzione ripresa nel punto 3) del considerato in diritto della sent. n. 96 del 2002. In queste circostanze, il richiamo alla c.d. Carta di Nizza, anche se non si tratta di un documento giuridicamente vincolante, può sì considerarsi con un qualche effetto di natura giuridica [21]. Se il Tribunale costituzionale ha recepito di buon grado la giurisprudenza comunitaria é anche vero che non ha mai escluso la possibilità di un contrasto tra norme costituzionali riguardanti i diritti fondamentali e quelle comunitarie.

2.5. *Come elemento nelle dispute sulle competenze*

– *senza connessione con l'esecuzione del diritto comunitario ovvero con riguardo al diritto comunitario in genere*

L'uso intensivo del diritto comunitario da parte del *Tribunal Constitucional* è avvenuto nell'ambito della soluzione di conflitti di competenza (attraverso diversi procedimenti, sia quello del conflitto o quello del ricorso diretto). L'utilizzo che il Tribunale fa del diritto comunitario è ristretto ed esercitato soltanto sotto la veste del criterio interpretativo per risolvere tali dispute in materia di competenza tra lo Stato e le Comunità Autonome. Il ruolo essenziale che il Tribunale costituzionale ha ricoperto nella sistemazione della distribuzione territoriale del potere sotto la Costituzione spagnola non poteva non rispecchiarsi sul diritto comunitario. Ciò non significa che si sia abbandonato il c.d. principio di autonomia istituzionale [22] con riguardo alla organizzazione interna di ogni Stato, ri-

---

[20] Come è stato giustamente rilevato anche dalla dottrina italiana. A. PACE, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea? Appunti preliminari*, in *Giur. cost.*, n. 7, 2001, 193-207, spec. 195.

[21] Così è stato affermato da A. SAIZ ARNAIZ, *La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: entre el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, in *Azpilcueta*, 17, 2001, 41-47, spec. 44. Oppure in Italia da R. CALVANO, *Verso un sistema di garanzie costituzionali dell'UE? La giustizia costituzionale comunitaria dopo il trattato di Nizza*, in *Giur. cost.*, 7, 2001, 209-246, secondo la quale, nonostante la funzione legittimante che compete alla Carta, resta il fatto che «le fondamenta sono quelle che sostengono e danno l'impronta a l'intera costruzione, ed esse nel caso europeo affondano in valori abbastanza distanti da quelli ora proclamati».

[22] Nella dottrina italiana C. DE FIORES, *Le trasformazioni della delega legislativa nell'epoca della globalizzazione*, 169-232, in F. MODUGNO (a cura di), *Trasformazioni dalla funzione legislativa. II Crisi della legge e sistema dell fonti*, Milano,2000, secondo cui la sentenza della Corte cost., 19 novembre 1987, n. 399 implicherebbe che «gli organismi comunitari, mediante l'esercizio dei loro poteri normativi, potrebbero (sia pure nel rispetto dei principi

sultando però piuttosto difficile prescindere dall'*acquis communautaire* nel momento di definire e delimitare i titoli di competenza. Questo filone giurisprudenziale ha inizio con la sent. n. 252 del 1988 (commercio di carni fresche) che, con riguardo alla esecuzione di norme comunitarie nel quadro di competenze concorrenti, sanciva l'obbligo di rifarsi alle disposizioni costituzionali sulla materia. La sent. n. 79 del 1992 fornisce ulteriore prova della fedeltà al principio di autonomia istituzionale quando nega allo Stato la possibilità di ricomprendere sotto la competenza esclusiva in materia di rapporti internazionali – rivendicandone così la titolarità – un monopolio tanto sulla attuazione normativa quanto sulla esecuzione del diritto comunitario; il meccanismo per risolvere queste vicende sarà quello di applicare il sistema di distribuzione competenziale previsto, in modo tale che le Comunità Autonome dovranno eseguire, fin quando ne siano competenti, il diritto comunitario (SSTC 252/88, 115/91, 79/92, 141/93, 165/94, 102/95, 156/96, 13/98, 27/99 e 95/01 esempi tratti da un'ampia gamma giurisprudenziale).

In questo contesto, la distinzione operata dal Tribunale costituzionale tra «rapporti internazionali» (competenza esclusiva dello Stato secondo l'articolo 149.1.3ª Cost. spagnola) e le «attività con rilievo estero» (nelle quali possono intervenire le Comunità Autonome) è stata di particolare importanza. Le sentt. nn. 125 del 1984 e 153 del 1989 – in senso contrario la STC 137/89 che rimane, però, isolata – hanno aperto una strada che ha avuto nella STC 165/94 (caso dell'ufficio basco a Bruxelles) la sua pietra miliare, la quale ha concluso la lettura ristretta del titolo competenziale della regola 3ª dell'art. 149, comma 1, Cost. spagnola, essendo in essa ricompresi soltanto quei rapporti avutisi tra soggetti di diritto internazionale e sottomessi a quello stesso ordinamento internazionale.

– nella fase discendente: nella esecuzione del diritto comunitario

Un altro versante di questa problematica emerge dalla giurisprudenza sull'attuazione del diritto comunitario. La STC 252/88, come sopra rilevato, ha confermato la vigenza del principio giurisprudenziale della Corte di giustizia delle Comunità Europee di neutralità sulla distribuzione delle competenze a livello interno di ogni Stato. Delle difficoltà nell'attuazione del diritto comunitario di cui é responsabile però lo Stato verso l'esterno, se ne fanno carico le Comunità Autonome nei limiti dei propri titoli di competenza. Nella sent. n. 45

---

costituzionali fondamentali) derogare dierettamente alla ripartizione interna delle competenze tra Stato e Regioni», 210, n. 113. Aggiunge l'autore peraltro che questa dottrina sarebbe stata ribadita dalla sentenza 127/1996 (sicuramente trattasi di refuso, dovendo il riferimento intendersi alla s.n. 126 del 1996). Si trova in dottrina anche M. CARTABIA, *Italia en Europa: problemas nuevos y viejos a la luz del Tratado de Niza y la reforma constitucional de las Regiones*, in *Cuadernos de Derecho Público*, n. 13, maggio-agosto 2001, 215-247, in partic. 243.

del 2001 si trova un riassunto della teorizzazione sulla responsabilità statale per inadempimento degli obblighi comunitari, nel senso di reiterare che ciò non implica una modificazione della competenza esclusiva autonomica, giustificando però l'esistenza di meccanismi di garanzia di *ultima ratio* nelle mani dello Stato.

Il Tribunale costituzionale spagnolo ha imposto una comprensione stretta del principio di autonomia istituzionale, facendo sì che la responsabilità per l'inadempimento degli obblighi comunitari – di cui è titolare lo Stato – non possa portare ad una sua attribuzione generica di competenza per evitare tale circostanza. Secondo una certa dottrina [23], questa linea giurisprudenziale del Tribunale costituzionale avrebbe lasciato quasi indifeso lo Stato dinanzi a pratiche di inadempimento da parte delle Comunità Autonome. E quindi la situazione spagnola sarebbe lontana da quella avutasi in Italia a seguito della sent. n. 384 del 1994 della Corte costituzionale; il Tribunale costituzionale spagnolo spesso si riferisce alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in questa materia, arrivando a citarla espressamente come nella sent. n. 80 del 1993.

È tuttavia da rilevare il fatto che, essendo stata nella pratica svuotata di contenuto la «suppletorietà» per tutti gli altri settori attraverso una giurisprudenza progressiva che culmina con la STC 61/97, nell'ambito invece della esecuzione del diritto comunitario il Tribunale costituzionale ha ritenuto ammissibile le norme statali suppletorie anche se in materia di spettanza autonomica (STC 79/92).

Alcuni titoli di competenza si sono radicalmente trasformati in conseguenza della lettura conforme al disegno che della corrispondente attività esplica il diritto comunitario, non essendoci più traccia del suo significato originariamente previsto dal testo costituzionale; così è stato per i titoli di commercio estero e sanità estera, esempi questi significativi e palesi di come tutta l'attività intracomunitaria sia stata sottratta alla titolarità statale per essere consegnata alle Comunità Autonome nella misura in cui il diritto comunitario richieda l'eguaglianza nella loro regolamentazione, a prescindere che si producano all'interno o all'esterno dei confini nazionali, finché rimangano nei confini esteriori del territorio comunitario (giurisprudenza della sent. n. 252 del 1988 che è stata però moderata dalla n. 236 del 1991).

I contributi comunitari e, più in generale, la percezione di fondi provenienti dalle Comunità Europee (adesso Unione Europea) pongono una problematica che è stata spesso oggetto della giurisprudenza del Tribunale costituzionale, sintetizzata dalla sent. n. 128 del 1999; in genere, lo Stato non può imporre alle Comunità Autonome criteri d'esercizio che condizionino l'accesso ai finanziamenti e questo anche se erano intercorsi degli accordi di congiuntura tra il potere statale e i poteri autonomici.

---

[23] S. ORTIZ VAAMONDE, *op. loc. cit.*, in partic. 313.

Sezione II – Giustizia costituzionale e protezione regionale europea dei diritti umani. Il rapporto tra il Tribunale costituzionale spagnolo e la Corte di Strasburgo

Il rapporto tra la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (di seguito, TEDU) e i giudici interni spagnoli, siano essi parte della giurisdizione ordinaria o di quella costituzionale, genera tra essi un vincolo di collaborazione e di mutua influenza [24] che fa scorrere le rispettive giurisprudenze su binari paralleli. Ciò non impedisce che nel solco tracciato da questa corrispondenza si presentino aspetti problematici o che si prevedano strumenti giuridici volti a minimizzarne i contrasti. I paragrafi che seguono si limitano a fare una sommaria sintesi di entrambi gli aspetti.

La chiave della connessione tra il TEDU e i giudici spagnoli è individuabile nella firma nel 1979 dal Trattato di Roma (di seguito CEDU) [25]. Tale trattato entra in maniera immediata e diretta in vigore dopo la sua ratifica e successiva pubblicazione. Da quel momento, come fonte del diritto interno [26], può essere invocato dinanzi ai giudici e ciascuno di essi può cercare tra le disposizioni dell'accordo vigente in Spagna la norma per risolvere un caso specifico o per interpretare l'ordinamento giuridico interno, con speciale riferimento ai diritti fondamentali. Nonostante questa possibilità esista, essa viene sfumata dalla confluenza dei precetti costituzionali e di quelli della CEDU sullo stesso ambito materiale, cioè, dall'ampia coincidenza esistente tra questa dichiarazione internazionale e quella in Costituzione, e specialmente tra l'elenco di quelli accolti nel Titolo I della CEDU e quelli riconosciuti nei capitoli primo e secondo del Titolo I della Costituzione spagnola. Allo stesso modo, la firma del Trattato di Roma e la accettazione della giurisdizione del TEDU [27], suppongono la incorporazione di

---

[24] Su questo tema si veda A. Rodriguez, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001.

[25] La Spagna firma il 26 settembre 1979 (BOE n. 243, del 10 ottobre 1979) la ratifica della CEDU. Questo trattato entra in vigore il 4 ottobre 1979, data di deposito della sua Legge di Ratifica, in conformità con l'art. (vecchio) 66.3 di tale Carta. La Spagna nel corso di questi anni ha ratificato tutti i Protocolli che accompagnano e completano la CEDU, ad eccezione dei numeri 4 e 7.

[26] Sulla incorporazione della CEDU all'ordinamento giuridico spagnolo si veda C. Fernandez Casadevante, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España: análisis de la jurisprudencia constitucional (1980/1988),* Madrid, 1988.

[27] Nella legge di ratifica della CEDU, la Spagna accettò la giurisdizione del TEDU, dichiarando in conformità con le disposizioni dell'art. 46 (vecchio), che riconosceva per un periodo di tre anni, a partire dal 15 ottobre del 1979, come pienamente obbligatoria e senza riserve, a condizione di reciprocità, la giurisdizione del medesimo a conoscere di tutti i casi relativi alla interpretazione e alla applicazione di detto Trattato, che si fossero prodotti successivamenteal 14 ottobre del 1979. Questa dichiarazione è stata rinnovata periodicamente, e attualmente si rinnova tacitamente ogni cinque anni.

quest'ultimo al sistema nazionale di protezione dei diritti, con il conseguente ampliamento dei procedimenti di difesa dei diritti riservati ai soggetti facenti parte dell'ordinamento giuridico spagnolo. Esiste perciò nell'ordinamento spagnolo un procedimento di difesa diretta dei diritti fondamentali che compiono tutti gli organi giurisdizionali, sia nella cognizione dei processi ordinari in tutti i settori della giurisdizione, sia nel procedimento improntato ai caratteri della priorità e della sommarietà (*amparo judicial*) di tutela dei diritti (art. 53 Cost. spagnola [28]). Ancora in ambito interno esiste poi il procedimento di difesa sussidiaria tramite il *recurso de amparo* dinanzi al Tribunale costituzionale (art. 53 Cost. spagnola e artt. 41 ss. LOTC). Per ultimo si aggiunga l'istanza internazionale di tutela, sussidiaria, in questo caso, rispetto ai ricorsi interni. Si può dire che quest'ultimo livello di garanzia presenti notevole somiglianza con la tutela tramite il *recurso de amparo*, ed è precisamente questo ciò che attribuisce alcune speciali caratteristiche al rapporto tra il TEDU e la giurisdizione interna, caratteristiche che rendono differente su questo punto il sistema spagnolo da quello italiano. Nel sistema spagnolo si apprezza in maniera evidente la confluenza delle giurisdizioni e della giurisprudenza del TEDU e del Tribunale costituzionale sullo stesso oggetto, i diritti fondamentali. Affinché questa confluenza non implichi un conflitto sistematico è opportuno procedere all'analisi di due questioni: da un lato l'applicazione indiretta nell'ordinamento spagnolo della giurisprudenza del TEDU, o detto in altre parole, l'implicazione dell'art. 10, comma 2, della Cost. spagnola, e dall'altro lato l'applicazione diretta o l'esecuzione delle sentenze di merito del TEDU.

1. L'applicazione indiretta. La Carta e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come parametro di interpretazione dei diritti fondamentali. L'art. 10, comma 2, Cost. spagnola [29]

1.1. *Senso e portata giuridica del comma 2 dell'articolo 10 CE*

L'art. 10, comma 2, Cost. spagnola è stato introdotto a seguito di un complesso confronto tra i costituenti durante il dibattito al Senato, e la sua inclusio-

---

[28] Si veda la l. 26 dicembre 1978, n. 62, di tutela giurisdizionale dei diritti della persona; Legge organica Processuale Militare del 13 aprile 1989, n. 2; Decreto Legislativo regale del 7 aprile 1995, n. 2 che approva il testo unico della legge sul procedimento in materia di lavoro (LPL); l. 13 luglio 1998, n. 29 disciplinante la giurisdizione contezioso-amministrativa (LJCA); Legge di Procedura Civile (LECIV), 7 gennaio del 2000, n. 1.

[29] Con riguardo all'articolo 10, comma 2, Cost. spag. si consulti la monografia di A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

ne come precetto di apertura del Titolo I della Costituzione, che si riferisce ai diritti e ai doveri fondamentali è un buon argomento per porre l'accento sulla sua funzione ermeneutica rispetto all'insieme del Titolo. Ai sensi di questo articolo, la Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e i trattati internazionali sui diritti umani ratificati dalla Spagna, debbono essere utilizzati come elementi di interpretazione dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione, il che significa che sono elementi internazionalistici quelli che servono come criteri di integrazione di alcune norme interne [30] di particolare rilievo nell'ordinamento giuridico. Teoricamente si potrebbe pensare che, dato l'alto grado di coincidenza esistente tra tutti i trattati sui diritti umani, tanto al livello mondiale, come nei diversi ambiti regionali, con le costituzioni dei Paesi facenti parte di detti sistemi regionali di tutela, come succede con la Spagna nell'ambito del Consiglio d'Europa, la norma dell'art. 10, comma 2, Cost. spagnola sia meramente ripetitiva o semplicemente superflua. La prassi ha dimostrato il carattere erroneo di tale impressione, e l'importanza e la funzionalità di applicare tale precetto in determinate circostanze. In Spagna risultò fondamentale l'utilizzo assegnato all'art. 10, comma 2, nei primi anni di vita della Costituzione. Grazie all'interpretazione conforme ai trattati internazionali, specialmente alla CEDU, si riempirono di contenuto, tra gli altri, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, la libertà di espressione, la libertà personale, il diritto alla riservatezza, ecc. Soprattutto è importante segnalare che grazie all'utilizzo continuo ed opportuno che i giudici ordinari e, specialmente, il Tribunale costituzionale fanno del canone interpretativo fornito dall'art. 10, comma 2, Cost. spagnola, le possibilità che si pronuncino sentenze del TEDU dichiarative di lesioni da parte dello Stato spagnolo dei diritti protetti dal Trattato di Roma sono piuttosto poche grazie all'altro grado di coincidenza tra l'interpretazione data ai diritti dai giudici nazionali con quella fornita dal TEDU. In altre parole, l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola è condizione di avvicinamento e garanzia di fronte al conflitto tra la giurisprudenza interna e quella internazionale posta in relazione con i diritti fondamentali.

La *ratio* di questo precetto altra non è che quella di utilizzare le convenzioni internazionali per ricostruire il contenuto normativo di determinate norme costituzionali. Questa ricostruzione però può intraprendersi modulando l'interpretazione di detti precetti secondo i criteri desunti dalla normativa internazionale dalla normativa internazionale ovvero completando il contenuto dei diritti fondamentali e incluso tipizzando il loro catalogo in funzione di talune disposizioni internazionali. La sottile differenza esistente tra entrambe le letture dà risultati interessanti per la comparazione col sistema italiano, a seguito della riforma

[30] M.L. Espada Ramos, *El efecto directo y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España* in *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Volumen II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1988, 1207.

dell'art. 117 Cost. it. Affermare che l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola aiuti soltanto ad interpretare i precetti costituzionali, equivale a catalogarlo come criterio ermeneutico in senso stretto e, pertanto, a mero parametro d'interpretazione, mentre una lettura più aperta delle possibilità che offre questo precetto, obbligherebbe a considerare le norme cui si riferisce norme interposte da un parametro indiretto di costituzionalità, o detto in altra maniera, parte integrante «blocco di costituzionalità».

La dottrina e la stessa giurisprudenza del Tribunale costituzionale coincidono nell'attribuire all'art. 10, comma 2, Cost. spagnola esclusivamente carattere di canone ermeneutico di costituzionalità, col che la CEDU non avrebbe la condizione di norma interposta, ma puro valore esegetico (SSTC 38/81, 23/84, 37/88). Ciò significa che si «attribuisce rango costituzionale alla interpretazione che si trae dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e dalle convezioni stipulate dalla Spagna in relazione ai diritti e alle libertà riconosciuti in Costituzione» [31], senza però attribuire loro rango costituzionale né quasi-costituzionale [32].

Pertanto, l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola non integra nella Costituzione i precetti della CEDU, per cui essi non potranno invocarsi direttamente al momento di formulare un ricorso di incostituzionalità né costituiranno fondamento sufficiente per ricavare la tutela giurisdizionale stabilita nell'art. 53, comma 2, Cost. spagnola [33]. In altre parole, l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola non crea nuovi diritti fondamentali scollati da quelli enumerati in Costituzione, ma è semplicemente una clausola di garanzia di uno *standard* minimo di protezione, in maniera che il contenuto dei diritti fondamentali debba essere interpretato almeno ai sensi di quanto stabilito dalla CEDU e dal TEDU.

---

[31] D. LIÑAN NOGUERAS, *Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español*, in *REDI*, XXXVII/2 (1985), 355 ss. Nello stesso senso M.A. APARICIO PÉREZ, *La claúsula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución Española como claúsula de integración y apertura constiucional de los derechos fundamentales* in *Jueces para la Democracia*, n. 6, 1989, 9-11.

[32] In senso invece favorevole ad attribuire ai trattati internazionali sui diritti umani rango costituzionale sul terreno ermeneutico, si veda per tutti: J. DELGADO BARRIO, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia Española*, in *RAP*, n. 119, 1989, 239.

[33] Contrario a questa affermazione J. DELGADO BARRIO, *loc. cit.*, 239 e J. RODRIGUEZ ZAPATA, *Tutela interna e internacional de derechos fundamentales: ¿Cabe recurso de amparo por la vulneración de derechos dimanantes de tratados internacionales?* in *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 42, 1990. Si veda A. REMIRO BROTONS, *La acción exterior del Estado*, Tecnos, Madrid, 1984, 108.

1.2. *Le fonti del sistema europeo di protezione dei diritti che servono da parametro interpretativo*

All'interno delle fonti normative del sistema europeo di tutela dei diritti il Trattato di Roma è l'elemento essenziale che, conformemente all'art. 10, comma 2, Cost. spagnola serve da spartito interpretativo per i diritti fondamentali. La CEDU si iscrive tra le previsioni costituzionali dal momento che è un trattato ratificato dalla Spagna [34] e perché si tratta da un punto di vista nominale, formale e materiale di un trattato sui diritti umani. L'applicazione prioritaria del criterio materiale fa sì che si utilizzino come parametro interpretativo anche documenti del Consiglio d'Europa che non si conciliano nominalmente o formalmente col concetto di trattati internazionali sui diritti umani [35].

Per quanto riguarda alle fonti giurisprudenziali, le pronunce del TEDU costituiscono lo strumento principale e imprescindibile per interpretare il sistema spagnolo dei diritti. Si potrebbe spiegare la integrazione della giurisprudenza del TEDU nelle previsioni dell'art. 10, comma 2, Cost. spagnola con il «gioco dei rinvii» tra questa norma e quella dell'art. 32 della CEDU. La norma costituzionale rinvia al trattato con riguardo all'interpretazione dei diritti fondamentali e l'art. 32 di questo attribuisce al TEDU la competenza per interpretare ed applicare il Trattato ed i suoi Protocolli [36], con la conseguenza che l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola consente l'interpretazione dei diritti fondamentali conforme alla giurisprudenza del TEDU.

Tale incorporazione della giurisprudenza del TEDU alla interpretazione propria dei giudici nazionali, suppone la accettazione implicita del principio *cosa interpretata* [37], fondamentale per conseguire la piena effettività del sistema europeo di tutela dei diritti. In realtà solo la garanzia che i giudici nazionali si atterranno alla esegesi dei diritti umani realizzati dal TEDU, garanzia che sancisce l'art. 10, comma 2, Cost. spagnola, consente di intendere come chiuso, dal punto di vista

---

[34] In relazione ai diritti cui sono relativi i protocolli alla CEDU non ratificati dalla Spagna, si veda C. FERNANDEZ CASADEVANTE, *loc. cit.*, 37. Nello stesso senso il Tribunale Costituzionale ha stabilito che le norme sottoposte a riserva hanno lo stesso valore di un trattato non ratificato: né formano parte dell'ordinamento spagnolo, né possono usarsi come parametro ermeneutico.

[35] Di fatto si usano come criterio ermeneutico trattati elaborati dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che non hanno la denominazione di trattati sui diritti umani (Carta Sociale Europea, Trattato Europeo di Estradizione, Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento informatico dei dati), e alcuni testi emanati in seno al Consiglio che non sono trattati internazionali, giacché mancano di forza vincolante e sono generalmente diretti al governo degli Stati membri ai quali suggeriscono l'adozione di misure finalizzate al conseguimento delle finalità perseguite dal Consiglio d'Europa.

[36] E. GARCIA DE ENTERRIA, *El valor en Derecho Español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, n. 1, 1987.

[37] A. SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, 148.

ermeneutico, il sistema di tutela dei diritti fondamentali. Questo non vuol dire che non si possano verificare contraddizioni e distonie tra il sistema di tutela interna e quello internazionale; significa soltanto che il rischio di un simile inconveniente è notevole.

Fino ad ora l'unico conflitto reale tra il Tribunale costituzionale e il TEDU è presente nella giurisprudenza nel caso *Ruiz Mateos* c. *España*. Il Tribunale di Strasburgo afferma nella sua sentenza che la previsione legale dell'art. 37, comma 2 [38] LOTC è contraria all'art. 6.1 CEDU, relativamente alla parità delle armi tra le parti nel processo. Il Tribunale costituzionale ha evitato di applicare questa giurisprudenza facendo frequente ricorso ai seguenti argomenti: «Prescindendo da altre considerazioni di carattere più generale, abbiamo rilevato che la succitata sentenza *contemplava, come appare evidente, un caso molto particolare, tanto per ciò che attiene al carattere e alla posizione dei soggetti ai quali si riferisce, quanto per ciò che concerne la natura dei processi nei quali la questione si presenta e alle pretese in quelli rivendicate. La sentenza del TEDU non riguarda l'orientamento di questo Tribunale relativamente all'art. 37, comma 2, della LOTC, richiedendo soltanto l'intervento di coloro che potrebbero risultare direttamente colpiti nei propri diritti e interessi preesistenti da una Legge che manchi del carattere della generalità che è inerente alla maggioranza delle Leggi (AATC 378/93, 174, 339 e 340/95)*» [39]. Il Tribunale costituzionale così facendo reinterpreta la pronuncia del Tribunale di Strasburgo riadattandola alla propria giurisprudenza, per non vedersi costretto a cambiare il proprio orientamento. In realtà il Tribunale costituzionale solo cerca di rimanere coerente con i dettami della LOTC. Per tutto ciò la soluzione consisterebbe nella modifica dell'art. 37, comma 2, LOTC.

2. L'applicazione diretta. L'esecuzione delle sentenze della Corte Europea di Diritti dell'Uomo [40]

Le problematiche riguardanti l'esecuzione delle sentenze del TEDU nascono in Spagna per una semplice ragione: lo Stato spagnolo non ha previsto i mezzi ne-

---

[38] Questo articolo stabilisce che nel contraddittorio della questione di costituzionalità dinanzi al Tribunale Costituzionale non si ammette l'intervento delle parti del giudizio *a quo*.

[39] ATC n. 178/96 (*Plenum*), del 26 giugno. Nello stesso senso e più di recente, ATC n. 216/99 (*Plenum*), del 15 settembre.

[40] Riguardante la esecuzione delle sentenze del TEDU: M.J. Agudo Zamora, *Eficacia interna y ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in AA.VV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz Rico*, Tecnos, Madrid, 1997; L.M. Bujosa Vadell, *Las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997; J. Delgado Barrio, *Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia Española*, in *RAP*, n. 119, 1989, 233 ss.; C.

cessari per far sì che la riparazione del diritto leso, sancita da una sentenza di merito del TEDU[41], sia reale ed effettiva. Questo non vuol dire che non trovino mai esecuzione queste sentenze internazionali, ciò che si vuol dire è che non esiste una maniera disciplinata per farla, per ciò si sono cercate soluzioni concrete tutte le volte che si sono presentati specifici problemi di esecuzione. Fino ad oggi sono stati i giudici a risolvere questi problemi, anche se senza dubbio la fissazione di un sistema definitivo, fedele al principio di sicurezza giuridica e da seguirsi indipendentemente dalle circostanze del caso concreto passa per un intervento legislativo, sia in ambito internazionale sia in ambito domestico.

In linea di principio, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, solo il Tribunale Supremo e in casi eccezionali i *Tribunales Superiores de Justicia*, potrebbero annullare il carattere di cosa giudicata di una sentenza giudiziale. Lo strumento

---

ESCOBAR, *Ejecución en España de las sentencias del TEDH*, in *REDI*, 1990/2, 457 ss.; C. IZQUIERDO SANS, *El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *Derecho Privado y Constitución*, n. 11, 1997, 351 ss.; C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997.

[41] Sono poche le sentenze del TEDU riguardanti la Spagna, nelle quali la pronuncia sia stata esclusivamente di merito. Nella maggioranza dei casi, e specialmente dopo che il Tribunale di Strasburgo ha verificato la difficoltà di eseguire tale sentenze in Spagna, le pronunce internazionali sono state sentenze di merito che nel contempo stabilivano la soddisfazione equa. Come sentenze di merito in senso stretto, sarebbe da citare il caso *Barberá*, *Messegué e Jabardo* c. *España* (6 dicembre 1988); Caso *Ruiz-Mateos* c. *España* (23 giugno 1993) ed il caso *Miragall Escolano y otros* c. *España* (25 gennaio 2000).

Le sentenze di merito che stabiliscono una soddisfazione equa sono: caso *Unión alimentaria Sanders S.A.* c. *España* (7 luglio 1989); caso *Castells* c. *España* (23 aprile 1992); caso *López Ostra* c. *España* (9 dicembre 1994); caso *Ruiz Torija* c. *España* (9 dicembre 1994); caso *Scott* c. *España* (18 dicembre 1996); caso *Valenzuela Contreras* c. *España* (30 luglio 1998); caso *Pérez De Rada Cavanilles* c. *España* (28 ottobre 1998); caso *Riera Blume y otros* c. *España* (14 ottobre 1999); caso *Garcia Manibardo* c. *España* (15 febbraio 2000); caso *Miragall Escolano y otros* c. *España* (25 gennaio 2000); caso *Diaz Aparicio* c. *España* (14 marzo 2002). Ma questo non significa che alcune sentenze di questo tipo non abbiano prodotto degli effetti successivi nel sistema spagnolo; di fatto tali conseguenze si producono nel caso *Hiro Balani* c. *España* (9 dicembre 1994) con la successiva sentenza del Tribunale Supremo STS de 20 novembre 1996; caso *Castillo Algar* c. *España* (28 ottobre 998), che provoca una pronuncia ancora ulteriore della *Sala de lo Militar del Tribunal Supremo*, del 27 gennaio 2000; caso *Fuentes Bobo* c. *España* (29 febbraio 2000), con l'ulteriore STS (*Sala de lo Social*) del 20 novembre 2001. Tutti casi in cui il Tribunale Supremo si rifiutò di eseguire la sentenza europea adducendo l'impossibilità di annullare sentenze passate in giudicato secondo la vigente legislazione.

In qualche caso si è risolto con un accordo tra le parti prima della sentenza del TEDU: caso *Diaz Ruano* c. *España* (26 aprile 1994), caso *Trome S.A.* c. *España* (14 ottobre 1999). E nel resto delle vicende dinanzi al TEDU non riconosce che sia stato violato alcuno dei diritti della Convenzione: caso *Casado Coca* c. *España* (24 febbraio 1994); caso *Gea Catalán* c. *España* (10 febbraio 1995); caso *Van Der Tang* c. *España* (13 luglio 1995); caso *De Salvador Torres* c. *España* (24 ottobre 1996); caso *Tejedor García* c. *España* (16 dicembre 1997); caso *Brualla Gómez De La Torre* c. *España* (19 dicembre 1997); caso *Edificaciones March Gallego S.A.* c. *España* (19 febbraio 1998); caso *Garcia Ruiz* c. *España* (21 gennaio 1999); caso *Rodriguez Valin* c. *España* (11 ottobre 2001); caso *De Diego Nafria* c. *España* (14 marzo 2002).

processuale è il *recurso de revisión*, ammesso in casi tassativamente previsti dalla legge [42], casi tra i quali non rientra l'esecuzione delle sentenze del TEDU. Per questo motivo il Tribunale Supremo respinge sistematicamente ogni ricorso che richiede l'esecuzione di una sentenza di Strasburgo, facendo leva sulla assenza di una previsione legale al riguardo.

Anche il Tribunale costituzionale può togliere il carattere di giudicato a qualunque sentenza a seguito di un ricorso di *amparo* (STC 52/91), con l'unico limite rappresentato dal motivo d'impugnazione (lesione degli articoli 14-29 Cost. spagnola) Sulla base quindi della decisione assunta in tale procedimento verrebbe dichiarata la nullità di qualunque pronuncia lesiva di diritti fondamentali (art. 55 LOTC). Questa soluzione, sebbene non ottimale dal momento che genera problemi processuali e materiali di coerenza interna del sistema di tutela dei diritti, è l'unica percorribile *de lege data*. Di fatto le decisioni del Tribunale costituzionale relative alla esecuzione di sentenze del TEDU sono il frutto di altrettanti ricorsi di *amparo*. A questo meccanismo si è fatto un ricorso tutt'altro che abbondante, avendo prodotto appena due decisioni, le quali per di più non sono tra esse convergenti, per cui, con riguardo a questo tema non si può dire che esista un orientamento giurisprudenziale del Tribunale costituzionale. Pare d'ogni modo opportuno far breve riferimento ai casi accennati, per poter adeguatamente comprendere la problematica scaturita dalla esecuzione delle sentenze del TEDU.

Nel caso *Barberà, Messegué Y Jabardo* c. *España* [43] i ricorrenti adirono i giudici ordinari che avevano pronunciato le sentenze lesive dei diritti, sollecitando l'esecuzione della pronuncia di merito del TEDU, che aveva riconosciuto l'avvenuta lesione dell'art. 6, comma 1 della CEDU in relazione al processo da essi subito, in conseguenza del quale rimanevano ancora in prigione. La *Audiencia Na-*

---

[42] Artt. 954-961 *Ley de enjuiciamiento criminal* (r.d. 14 settembre 1882); artt. 509-516 *Ley de Enjuiciamiento Civil*; art. 234 *Ley de Procedimiento Laboral*; art. 102 *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.*

[43] La dottrina su questo caso è ampia, nessuno però si è spinto ad analizzarne le implicazione ultime. J. BONET PÉREZ, *El problema de la efectividad interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Constitucional y la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Barberá, Messegué y Jabardo (caso Bultó)*, in *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993/1, 59 ss.; D. CAMARA DEL PORTILLO, *La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *REDA*, n. 87, 1995, 451 ss.; F. CASTRO-RIAL, *Consideraciones a la sentencia del TEDH en el Caso Barberá, Messegue, y Jabardo* v. *España*, in *RIE*, 1992, 789 e ss.; C. ESCOBAR, *Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español del caso Bultó*, in *RIE*, 1994, 139; P.A. FERNANDEZ SANCHEZ, *La responsabilidad internacional de España en el llamado caso Bultó*, in *Poder Judicial*, n. 17, 1990, 121 ss.; J.L. REQUEJO PAGÉS, *La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91, «caso Bultó»)*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (1992), in 187 ss.; A. SORIA JIMÉNEZ, *La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis de la STC 245/1991. Caso Barberá, Messegué y Jabardo*), in *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 36, 1992.

cional sospese l'esecuzione della pena privativa della libertà, rimettendo però le ordinanze al Tribunale Supremo, adducendo la propria incompetenza. Il Tribunale Supremo a sua volta, rigettò la pretesa dei ricorrenti sulla base del fatto che l'ordinamento spagnolo non consente l'annullamento di sentenze interne passate in giudicato per dare esecuzione a sentenze internazionali, revocando così la sospensione della condanna. Barberá, Messegué e Jabardo, non ottenendo risarcimento alcuno e permanendo in maniera palese gli effetti della lesione del loro diritto, si rivolsero al Tribunale costituzionale, che, mediante la STC 245/91, cancellò i dispositivi originari per violazione dell'art. 24 Cost. spagnola, fornendo un'interpretazione conforme all'art. 6, comma 1 della CEDU e retrocedendo il processo al momento necessario per ottenere il risarcimento del diritto. In questo caso la chiave per risolvere i problemi di esecuzione fu la seguente: siccome la lesione del diritto fondamentale o taluno degli effetti di tale lesione permangono nel momento in cui il TEDU si pronuncia [44], e si mantengono altresì quando il Tribunale costituzionale conosce della esecuzione della sentenza internazionale, quest'ultimo non può far altro che riconoscere che tale diritto è stato e continua ad essere leso, e porre i mezzi per correggere tale situazione, dal momento che, nell'ordinamento interno il Tribunale costituzionale è l'ultimo responsabile della garanzia del rispetto dei diritti fondamentali [45]. Questa posizione di garante lo obbliga ad ergersi ad organo competente per dare esecuzione alla sentenza di Strasburgo.

L'altro caso è la complessa vicenda *Ruiz Mateos* c. *España* [46]. Il Sig. Ruiz Mateos, a conclusione di un complicato processo di espropriazione forzata dinanzi ai giudici nazionali, decide di adire il TEDU lamentando la violazione dell'art. 6, comma 1 della CEDU a causa della eccessiva durata del procedimento, violazione riconosciuta dal TEDU nella già citata sentenza del 23 giugno 1993. Inoltre il

---

[44] Con riguardo alla teoria della lesione attuale del diritto si veda C. IZQUIERDO SANS, *op. loc. cit.*, 351 ss.

[45] Nonostante il sufficiente livello di soddisfazione raggiunta, il TEDU nel *arrêt* del 13 giugno 1994 pronuncia una successiva sentenza di equa soddisfazione nello stesso caso. Il TEDU ammette che, nonostante sia riparata la violazione del diritto e mediante procedimenti interni si eliminino gli effetti ancora in atto della lesione accertata, ciò non basterebbe, essendo necessario compensare economicamente le parti in ragione del tempo trascorso dal momento della lesione del diritto. Il Tribunale riconosce in questo caso che l'ordinamento giuridico interno ha meccanismi per concedere il risarcimento dei danni per il cattivo funzionamento dell'amministrazione di giustizia, evidenziando però, che il fatto di dover iniziare un terzo processo dinanzi ai giudici nazionali finalizzato ad ottenere tale risarcimento, allungherebbe il procedimento e slitterebbe il conseguimento del risarcimento in modo eccessivo e contrario all'effettiva tutela dei diritti umani.

[46] Per quanto riguarda il caso Ruiz Mateos, si veda D. CAMARA DEL PORTILLO, *La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, in *REDA*, n. 87, 1995, 451 ss.; V. FAIRÉN GUILLÉN, *El proceso equitativo, plazo razonable y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (variaciones sobre la sentencia de 23 de junio de 1993, caso «Ruiz-Mateos v. España»)*, Comares, Granada, 1996.

ricorrente evidenzia che nel corso del procedimento, il Tribunale costituzionale aveva conosciuto di una questione di costituzionalità sollevata dal giudice *a quo,* senza consentire di intervenire in detto processo costituzionale per difendere le sue ragioni, il che, a suo giudizio, ledeva l'art. 6, comma 1 della CEDU, dal punto di vista della parità delle armi nel processo. Il Tribunale di Strasburgo gli dà ragione sul punto e il Sig. Ruiz Mateos ricorre al Tribunale costituzionale promovendo due ricorsi di *amparo* e sollecitando l'esecuzione della sentenza europea di merito. Il Tribunale respinge i ricorsi con due ordinanze del 31 gennaio 1994, adducendo la mancanza di giurisdizione per rivedere proprie decisioni, e la mancanza di contenuto costituzionale delle domande di *amparo*, rimanendo così la sentenza europea ineseguita. Dinanzi a questo rifiuto, il ricorrente si rivolge al Comitato dei Ministri che dichiara (Risoluzione DH (94) 27) che il Governo spagnolo, data l'eccezionalità del caso, ha adempiuto i propri i obblighi di dare esecuzione alla sentenza nella misura delle proprie possibilità. Il Sig. Ruiz Mateos propone un nuovo ricorso alla Commissione contro le ordinanze del Tribunale costituzionale del 1994, per violazione dell'art. 6, comma 1 CEDU, ma questa richiesta è dichiarata inammissibile sulla base di due argomenti. *In primis* perché, dato che il Comitato dei Ministri non si è preoccupato di dare esecuzione alla sentenza del TEDU, avendo in precedenza ammesso le ragioni dello Stato, non ci sarebbe stato motivo perché la Commissione non avesse fatto parimenti; assai più singolare e poi la seconda ragione, consistente nel riconoscere che la sentenza europea non si può eseguire basandosi sul fatto che le stesse ordinanze del Tribunale costituzionale stabiliscono tale impossibilità. In altre parole, la Commissione usa l'argomento del Tribunale costituzionale a favore dell'inesecuzione, non per condannare la Spagna, bensì per assumere tale posizione come valida, con la conseguente mancanza di tutela per il soggetto ricorrente.

La conclusione sarebbe, dunque, che i meccanismi esistenti tuttora non sono sufficienti per eseguire le sentenze del TEDU. Il procedimento più efficace è, in realtà, extraprocessuale e consiste nell'accordo col Governo per realizzare il risarcimento o la compensazione al soggetto il cui diritto è stato leso. Inoltre, la prassi evidenzia come il Tribunale Supremo si rifiuti di eseguire le sentenze del TEDU, adducendo la mancanza di mezzi per farlo. Il Tribunale costituzionale, nei casi che gli sono pervenuti, ha deciso con orientamenti radicalmente diversi, non esistendo di fatto una linea giurisprudenziale coerente nel senso di ritenersi competente per l'esecuzione delle sentenze del TEDU. La linea segnata dalla STC 245/91 non è stata mantenuta. Nelle pronunce successive il Tribunale costituzionale ha affermato che l'indicazione che lo stesso aveva fornito nella sentenza del 1991 non poteva valere da soluzione generale ed adeguata per l'esecuzione delle sentenze del TEDU. In realtà, il Tribunale costituzionale si è limitato ad osservare le circostanze concrete del caso e conseguentemente ha adattato le sue pronunce a necessità politiche o di sicurezza giuridica che si evidenziano in ogni caso specifico.

Pare palese che la situazione attuale non sia ottimale. Nella maniera in cui è riconosciuta l'interazione tra il sistema europeo di tutela dei diritti ed il sistema in-

terno sul piano ermeneutico e attraverso l'art. 10, comma 2, CE, allo stesso modo è necessario ammettere la precarietà del meccanismo di esecuzione delle sentenze del TEDU. Si dimostra così che la costruzione del sistema integrato di tutela dei diritti non raggiunge la coerenza sperabile da un ordinamento finalizzato alla garanzia dei diritti fondamentali.

LA CORTE DI STRASBURGO S'ARRENDE E IL LEGISLATORE ITALIANO TRASFORMA IN MONETA IL DIRITTO ALLA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO

FRANCESCO RIGANO

SOMMARIO: 1. La rapidità del processo: un elemento del patrimonio giuridico europeo? – 2. La legge sull'equa riparazione dei danni causati dall'irragionevole durata del processo. – 3. La revisione giudiziale delle sentenze e dei decreti penali adottati in violazione dell'art. 6 CEDU. – 4. Una riflessione conclusiva su giudici e giurisdizioni.

1. L'indagine sulle modalità dell'esecuzione delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo in materia di giusto processo, seppur limitata al profilo della ragionevole durata dei processi, offre, tra le altre, l'occasione per raccogliere importanti elementi di conoscenza della concezione del diritto alla giustizia nell'ambito del patrimonio giuridico comune europeo, sia di quello vivente attuale, sia di quello prefigurato dal processo di costituzionalizzazione dell'Unione. Che la sfera di competenza della CEDU non sia quella dei trattati dell'Unione europea è elemento che non intacca l'utilità della riflessione. Non si tratta ovviamente di negare la diversità degli ordinamenti giuridici cui la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo sono preposte; bensì piuttosto di prendere atto che i Trattati comunitari e la Convenzione europea, seppur figli di progetti politici differenti, appartengono alla medesima area culturale e si propongono finalità analoghe, quale in specie l'estensione dell'effettività di godimento dei diritti fondamentali. Non a caso, d'altra parte, la prospettiva scelta dal Convegno inquadra il rapporto fra le due giurisdizioni europee e quelle nazionali in riferimento alle modalità d'attuazione dei diritti dei cittadini degli Stati membri.

A tal riguardo le tecniche con le quali il nostro ordinamento dà ottemperanza alle decisioni della Corte di Strasburgo giustifica – a mio avviso – lo scetticismo sull'esistenza di un'effettiva comunanza di teoria e di pratica fra l'ordinamento interno italiano e quello europeo proprio sul modo di intendere un diritto fondante dell'identità culturale, prima ancora che giuridica, europea, qual è appunto il diritto alla giustizia «giusta». Il tema è senza dubbio complesso e meritevole di approfondimento ben maggiore di quello che può essere svolto in sintetiche

note. Tuttavia qualche spunto rilevante può essere tratto in riferimento a due vicende specifiche che hanno coinvolto la disciplina del processo: da un canto, alla l. 24 marzo 2001, n. 89 – meglio conosciuta come legge Pinto, dal nome del proponente - che disciplina il procedimento per l'equa riparazione dei danni causati dall'irragionevole durata del processo e, dall'altro, alle proposte di legge volte ad introdurre nell'art. 630 c.p.p. l'ipotesi di revisione dei provvedimenti penali di condanna ove sia intervenuta una sentenza della Corte dei diritti che abbia accertato la violazione dell'art. 6 CEDU.

Soltanto per chiarezza, premetto un cenno al quadro normativo convenzionale di riferimento, almeno per ricordare che l'art. 6 CEDU, nel delineare le garanzie dell'equo processo, prevede che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole [...]». Al diritto dei cittadini degli Stati membri di far dichiarare la violazione di tale regola perpetrata dalle giurisdizioni fa da corredo l'art. 46 CEDU, laddove fissa l'impegno degli Stati a conformarsi alle sentenze definitive della Corte dei diritti e attribuisce il controllo dell'esecuzione delle decisioni al Comitato dei ministri. Contro l'inottemperanza e l'indolenza degli Stati esiste una sanzione, che risulta dagli artt. 3 e 8 dello Statuto del Consiglio d'Europa. L'art. 3 prevede che i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali siano garantiti a tutte le persone assoggettate ai poteri autoritativi degli Stati membri; l'art. 8 stabilisce poi che lo Stato, colpevole d'aver violato l'art. 3, possa essere sospeso dal diritto di rappresentanza e quindi invitato dal Comitato a volontariamente ritirarsi dal trattato: se ciò non fa, lo Stato può cessare d'appartenere al Consiglio d'Europa in forza della decisione del Consiglio stesso.

Ancora due avvertenze.

Anzitutto la giurisprudenza della Corte dei diritti applicativa dell'art. 6 CEDU è assai ricca. Ciò non deve sorprendere. Com'è noto, la Corte può essere adita soltanto dopo «l'esaurimento delle vie di ricorso interno», sicché è naturale che oggetto del giudizio della Corte di Strasburgo siano per lo più provvedimenti giudiziari. Proprio la natura giurisdizionale degli atti sottoposti al giudizio della Corte giustifica la particolare attenzione che è riservata al procedimento con il quale questi atti si sono formati e dunque dà ragione delle frequenti applicazioni dell'art. 6 CEDU. Per altro verso, non deve poi sorprendere che la maggior parte delle pronunzie adottate nei confronti del nostro Paese in materia processuale affrontino il profilo della ragionevole durata del giudizio. In effetti, le altre regole di garanzia del giusto processo (presunzione di innocenza, diritto alla difesa, ecc.) sono oramai acquisite alle stesse discipline processuali ordinarie e talora sono irrigidite costituzionalmente. La rapidità del processo è stata invece percepita dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza, come un requisito di efficienza del processo, piuttosto che fattore di garanzia del cittadino; anzi, la rapidità spesso è stata colta in insanabile contrasto con la necessità di articolare i tempi processuali in modo tale da assicurare pienamente l'effettività del diritto di agire e di difendersi. Vero è che la prospettiva accolta dalla CEDU tradisce una matrice diversa da quella del modello di processo come «affare di Stato» rinvenibile nell'espe-

rienza continentale successiva alla restaurazione napoleonica. Ma su ciò qualche parola più avanti.

In secondo luogo, la legge e le proposte di cui si vuol discutere vanno collocate, a livello nazionale, fra le iniziative volte a dare attuazione alla riforma dell'art. 111 Cost., adottata con la l. cost. n. 2 del 1999 (ricordo anche la l. 1 marzo 2001, n. 63 e la l. 25 febbraio 2000, n. 35 di conversione in legge del d.l. 7 gennaio 2000, n. 2). I commentatori hanno già sottolineato che il nuovo art. 111 Cost. non è la trasposizione delle regole contenute nell'art. 6 CEDU e che anzi la norma costituzionale è conformata ad un maggior rigore garantistico. Per rimanere nell'ambito qui prescelto, è pur vero tuttavia che la ragionevole durata del processo è oggi oltreché un vincolo internazionale, anche un obbligo interno di rango costituzionale. Che tale precetto sia collocato con formulazione testuale identica in norme di efficacia diversa è vicenda destinata a creare una serie di interferenze: per la specificità con la quale la norma costituzionale sarà realizzata nel nostro ordinamento, posto che la sua attuazione è rimessa alla legge ordinaria, come pure per le notevoli differenze di stile di lavoro fra i nostri tribunali e la Corte dei diritti, che nei rispettivi ordinamenti rimangono i giudici «naturali» dell'applicazione delle due norme.

2. Nella risoluzione del 25 ottobre 2000 il Comitato dei ministri scrive che la legge Pinto è il riconoscimento dell'intera e diretta responsabilità delle autorità italiane per la violazione della CEDU in ragione dei ritardi nell'amministrazione della giustizia.

In effetti, in materia di tutela della regola della ragionevole durata del processo, la legge Pinto segnala per così dire la resa della Corte di Strasburgo di fronte al sistema giurisdizionale italiano. Non è stata una capitolazione improvvisa, ma anzi annunziata dalla decisione Kudla c. Polonia (26 ottobre 2000, n. 30210) e per così dire celebrata nella decisione Brusco c. Italia (6 settembre 2001, n 69789). Preso atto della perdurante violazione della regola della ragionevole durata dei processi negli ordinamenti di taluni Stati membri, la Corte dei diritti interpreta l'art. 13 CEDU – che fissa il diritto al ricorso effettivo – e l'art. 35 CEDU – che individua nell'esaurimento delle vie di ricorso interne una condizione di ricevibilità del ricorso – in modo da estendere l'applicazione dell'art. 13 al diritto al processo tempestivo fissato dall'art. 6 CEDU. Con queste sentenze insomma la Corte legge il diritto alla ragionevole durata del processo come diritto ad un ricorso effettivo per ottenere l'equa riparazione di fronte alla durata irragionevole del processo. Siffatta interpretazione è di stupefacente formalismo; ma in realtà è stata adottata dalla Corte per la contingente necessità d'ottenere la diminuzione dei ricorsi pendenti innanzi a sé. Il numero dei processi è tale da rischiare di porre in crisi la giurisdizione sopranazionale e allora la Corte di Strasburgo si libera di quelli fondati sulla violazione della regola della ragionevole durata, con la finalità dichiarata di recuperare almeno in parte la propria efficienza. L'operazione è condotta a compimento con un ipocrita capovolgimento concettuale che merita d'essere segnala-

to. Nella giurisprudenza di Strasburgo il sovraccarico dei ruoli non è criterio che possa giustificare il ritardo nella garanzia giurisdizionale dei diritti da parte dei giudici comuni degli Stati; evidentemente vale il contrario innanzi alla Corte dei diritti, posto che quest'ultima ritiene che l'incremento del numero dei ricorsi possa far perdere efficienza al sistema di protezione dei diritti dell'uomo.

L'abbandono di campo da parte della Corte dei diritti è per così dire compensato, almeno nelle intenzioni del legislatore italiano, dalla disposizione dell'art. 2, comma 2 della legge Pinto. Con essa sono stati recepiti i canoni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di criteri per valutare la ragionevole durata del processo sicché il nostro giudice è sostanzialmente vincolato all'interpretazione conforme a quella elaborata dalla Corte dei diritti. Questo è a mio avviso il significato da attribuire alla previsione che «nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione». D'altra parte, in questa direzione muovono le sentenze sinora edite; a conferma della influenza della giurisprudenza internazionale v'è il richiamo, operato dai nostri giudici per la quantificazione del danno risarcibile, alla così detta «posta in gioco», che è criterio non ricompreso nel catalogo dell'art. 2, ma ben presente nella giurisprudenza della Corte europea.

Certamente uno dei risultati ottenuti con l'applicazione della legge Pinto è la sostituzione della sanzione internazionale con una sanzione interna: l'autopunizione dello Stato (sfoltisce il ruolo della Corte di Strasburgo e) preclude il controllo internazionale sulle modalità con le quali nel nostro ordinamento è data attuazione alla regola della ragionevole durata dei processi. Qualche perplessità su siffatto esito appare giustificata. La Corte di Strasburgo è chiamata a garantire che gli Stati rispettino gli obblighi assunti sul piano internazionale con la ratifica della CEDU. Sicché è motivato interrogarsi sulla legittimità, alla luce del sistema convenzionale, d'un meccanismo processuale congegnato appositamente per sottrarre alla Corte il controllo sulle modalità con le quali lo Stato assicura l'effettività di un diritto garantito dalla CEDU. A me pare che la strada intrapresa dal nostro legislatore non sia meritevole d'essere approvata.

La considerazione del grado di effettività della tutela impone poi un altro rilievo. L'appiattimento del diritto alla tempestività della decisione giudiziaria sul diritto al ricorso effettivo per ottenere il risarcimento (contro la violazione del diritto al giudizio tempestivo) è gravemente semplificativo. Non bisogna dimenticare che il diritto al giudizio non è diritto a sé, autosufficiente, bensì strumentale, funzionalizzato alla reale pienezza della garanzia delle posizioni giuridiche sostanziali fatte valere innanzi al giudice. Insomma, l'effettività dei mezzi processuali non può prescindere dall'effettività delle forme di tutela: chi adisce il giudice deve essere in grado di ottenere l'esame della pretesa azionata e, se la pretesa è fondata, l'adeguata e tempestiva reintegrazione dei diritti violati, tant'è che – si dice – *anche* la lentezza della giustizia compromette i diritti sostanziali. Non è concepibile acquietarsi su un risarcimento per equivalente della lesione del dirit-

to ad agire, poiché ad essere coinvolta è la tutela sostanziale dei diritti; non è ragionevole, in definitiva, trasformare la pretesa alla (rapida) tutela giurisdizionale dei diritti nella pretesa al ricorso per ottenere l'indennizzo per violazione dell'equo processo (per ritardo). Ancor più grave appare allora la portata della modificazione della legge Pinto, introdotta con il recentissimo d.l. 11 settembre 2002, n. 201, là dove è stato previsto in sostanza l'obbligo del tentativo di transazione quale condizione di procedibilità del ricorso del cittadino. La conclusione è che il nostro ordinamento non è in grado di garantire la rapidità dei giudizi e che, schivata la sanzione internazionale, preferisce non affrontare neppure un giudizio interno. Ciò significa monetizzare il diritto a non assicurare la prontezza della tutela giurisdizionale: ma se soltanto la giustizia rapida è giustizia, così agendo il legislatore italiano ha, con la copertura della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, assicurato una zona franca nella tutela dei diritti sostanziali.

3. Sempre in riferimento all'impegno di ciascun Stato membro di dare esecuzione alle sentenze della Corte dei diritti meritano segnalazione due disegni di legge della XIV legislatura: C1992, d'iniziativa Cola, e C1447, d'iniziativa Pepe (ma si veda anche la proposta S3168, presentata nella XIII legislatura, d'iniziativa Scopelliti e altri) in tema di revisione delle decisioni nazionali in materia penale. Nel marzo di quest'anno, su proposta favorevole della Seconda Commissione permanente della Camera dei deputati, è stato approvato un testo unificato, al quale faccio riferimento. È prevista l'introduzione di due disposizioni nel codice penale di rito, il cui enunciato riprendo per semplicità d'esposizione. L'art. 630-*bis* (Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo): «1. Fuori dalle ipotesi previste dall'art. 630, la revisione delle sentenze e dei decreti penali di condanna può essere richiesta se è accertato con sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che nel corso del giudizio sono state violate le disposizioni di cui all'art. 6 della Convenzione …». All'art. 631 c.p.p., dopo il comma 1 si vorrebbe fosse aggiunto il seguente comma: «1-*bis*.La richiesta di revisione ai sensi dell'art. 630-*bis* è inammissibile se la violazione delle disposizioni ivi richiamate non ha avuto incidenza rilevante sulla decisione e se non permangono gli effetti negativi della esecuzione della sentenza o del decreto penale di condanna».

Il Testo unificato ha accolto alcune osservazioni critiche già emerse in dottrina. Da una parte, è stato inserito il riferimento alla revisione per l'ipotesi di accertata violazione di una qualunque fra le regole fissate dall'art. 6 CEDU in materia di giusto processo, e non soltanto ad alcune d'esse; dall'altra, è stata contemplata l'introduzione di un filtro alla possibilità di richiedere la revisione, consistente nella valutazione della «incidenza rilevante» della sentenza della Corte dei diritti e nella indagine sulla «permanenza degli effetti negativi».

In ogni caso, sarebbe conveniente prevedere anche che le sentenze della Corte dei diritti possano produrre l'effetto della revisione delle decisioni dei nostri giudici soltanto quando siano divenute definitive alla stregua dell'art. 44 CEDU.

La proposta modificazione del codice di procedura penale appare coerente con l'esigenza di dare attuazione all'impegno fissato dall'art. 46 CEDU. Ma, ancora una volta, come si coordina siffatta proposta con il nuovo contenuto normativo dell'art. 111 Cost.? Se guardiamo alle discussioni in sede di lavori preparatori mi pare che emerga qualche fraintendimento. La modificazione dell'art. 630 c.p.p. è letta come lo strumento per rendere applicabile le regole del giusto processo, e in particolare della ragionevole durata, anche alle sentenze passate in giudicato, in vista del superamento della irretroattività dell'art. 111 Cost. Nella seduta del 28 novembre 2001 della Seconda Commissione permanente, il relatore Gironda Veraldi osserva che «con l'introduzione della norma costituzionale, che praticamente ha recepito in tutto o in parte i principi enunciati dalla Convenzione, ferma restando la vincolabilità della pronunzia della Corte europea, sarebbe incongruo ed inconcepibile che il nostro ordinamento non prevedesse la possibilità di una revisione in costanza di un accertamento della violazione della norma costituzionale cui sarebbe conseguita una sentenza di condanna. Peraltro non può il legislatore, una volta ammesso il diritto alla revisione, operare una distinzione fra sentenza della Corte europea pronunziata prima o dopo della riforma costituzionale, posto che il diritto a chiedere la revisione è assicurato al condannato che abbia conseguito la sentenza di cui sopra». Intervenendo nel dibattito Siniscalchi osserva «che le norme proposte, così come sono formulate, non appaiono sufficienti a rendere applicabile agli errori giudiziari i benefici dell'art. 111 Cost. attraverso il semplice richiamo alla violazione dell'art. 111 Cost. Peraltro l'art. 111 Cost. non può ritenersi retroattivamente applicabile alle sentenze passate in giudicato; pertanto la modifica proposta dell'art. 630 c.p.p. è destinata a risolvere solo in parte i problemi sollevati […]».

L'idea sottesa a tali posizione è che le decisioni assunte nel rispetto delle regole costituzionali vigenti prima della l. cost. n. 2 del 1999 non sarebbero sanzionabili alla stregua del nuovo art. 111, sicché è necessario per tali fattispecie introdurre un'apposita ipotesi di revisione con riferimento alle violazioni dell'art. 6 CEDU accertate dalla Corte dei diritti. Un siffatto ragionamento è a mio avviso opinabile, ove si consideri che le regole costituzionali non si prestano di per sé ad essere «limitate» negli effetti temporali, essendo semmai le dichiarazioni di incostituzionalità a subire siffatte restrizioni; ma anche a tale ultima stregua mi pare che proprio l'art. 30, ult. comma della l. n. 87 del 1953 ben possa aprire la strada a sentenze dichiarative dell'incostituzionalità della lacuna di strumenti di impugnazione straordinari contro le sentenze passate in giudicato in violazione dell'attuale 111 Cost.

Quale che sia l'opinione sul profilo appena evidenziato, la modificazione del codice penale di rito è evidentemente soltanto l'inizio di un turbamento destinato ad incidere (non so valutare in quale misura sulla pratica giudiziaria quotidiana, ma certamente) sulla teorica dell'esercizio della funzione giurisdizionale. Anzi le conseguenze saranno sconvolgenti, se il programma dovesse essere perseguito con coerenza (o con incoscienza).

Anzitutto, per quale ragione la revisione delle sentenze dovrebbe essere con-

sentita soltanto in relazione all'accertata violazione dell'art. 6 CEDU? Identica facoltà dovrebbe essere assicurata per adeguare le pronunzie interne a quelle sentenze che abbiano accertato la violazione di altri diritti, e non soltanto a quello del giusto processo. Così è mi pare in altri ordinamenti, ad esempio quello svizzero.

In secondo luogo, sarebbe poi doveroso chiedersi perché assoggettare alla possibilità di revisione soltanto le decisioni dei giudici penali. Tutti i provvedimenti resi dai giudici civili ed amministravi, anzi da qualunque magistrato, dovrebbero subire la medesima sorte. Anche le sentenze della Corte costituzionale, sebbene non sia agevole ipotizzare casi concreti: penso però, ad esempio, alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per conflitto d'attribuzioni presentato da un parlamentare.

Infine, ancora mi chiedo se il diritto del cittadino di ottenere la revisione non sia in qualche misura in contrasto con l'esigenza di rapidità della giustizia. Vero è che anche il principio *ne lites fiant paene immortales* fa parte delle tradizioni costituzionali comuni dell'Europa. Non ho materiali dottrinali e giurisprudenziali di carattere comparatistico adeguati a corroborare scientificamente una tale affermazione, ma certamente essa appare corretta in riferimento a tutti quegli ordinamenti che, come il nostro, pongono una stretta correlazione fra principio della certezza del diritto e regola del passaggio in giudicato. Anche per questo profilo, dunque, il giusto processo mostra d'essere uno fra i fondamentali principi che animano l'amministrazione della giustizia nel contesto europeo: la sua attuazione non potrebbe essere perseguita conculcando gli altri.

4. In occasione di un recentissimo incontro pavese dedicato ai temi del giusto processo, Vladimiro Zagrebelsky ha sottolineato, anche alla luce della proprie esperienze professionali, le differenze del modo di operare fra la Corte dei diritti e i giudici italiani, in generale ponendo in luce le conseguenze che ciò comporta nel porsi del giudice di fronte alla norma del giusto processo. La Corte dei diritti esamina la fattispecie concreta nella prospettiva dei propri precedenti con la finalità di indagare se il ricorrente ha ottenuto nei fatti un effettivo giusto processo nel suo ordinamento. È un approccio pragmatico, tipicamente anglosassone, che mira a realizzare funzionalmente il diritto del privato e che è confortato dalla flessibilità e dalla ampiezza della regola prevista dall'art. 6 CEDU, letta anche alla luce del preambolo.

Nel nostro ordinamento si preferisce restringere l'ambito di apprezzamento del giudice, elaborando una serie puntuale di regole processuali – anche a livello costituzionale, ma non solo – destinate ad irrigidire la funzione giurisdizionale. L'esempio paradigmatico è offerto dalla fissazione dei criteri per valutare l'irragionevole durata del giudizio, operata a cura della legge Pinto prima ricordata.

Forse è vero che il punto nevralgico dell'applicazione delle norme CEDU, ma più in generale delle norme sopranazionali, è dato dalle diversità di stile della funzione giurisdizionale che esistono nei diversi modelli statuali. Le Corti sopra-

nazionali sempre più agiscono come giudici di *common law*, mentre spesso i giudici dei singoli Stati sono vincolati al modello continentale, post napoleonico, di giudice «geometra» dell'applicazione della legge. È questo un aspetto posto in evidenza da alcune recenti ricerche comparatistiche sulla funzione giurisdizionale, sicché è legittimo porre la questione se proprio nei modi di esercizio della funzione giurisdizionale entri in crisi l'idea di un patrimonio giuridico comune europeo.

«TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI» E «CONTROLIMITI», TRA TEORIA DELLE FONTI E TEORIA DELL'INTERPRETAZIONE *

ANTONIO RUGGERI

SOMMARIO: 1. I tre punti toccati dall'analisi. – 2. Le relazioni interordinamentali e il loro scivolamento dal piano della teoria delle fonti (e della «logica» potenzialmente conflittuale che ne pervade gli sviluppi) al piano della teoria dell'interpretazione (e della «logica» potenzialmente conciliante che ne informa le più espressive manifestazioni). – 3. «Controlimiti» e «tradizioni costituzionali comuni» nel circolo interpretativo, assiologicamente orientato e connotato da un rapporto di mutua alimentazione semantica tra enunciati costituzionali ed enunciati comunitari/europei. – 4. «Tradizioni costituzionali comuni» e «tradizioni costituzionali nazionali» quali punti di equilibrio nei rapporti tra politica e diritto, per un verso, e, per un altro, tra organi della produzione ed organi dell'applicazione. – 5. Le «tradizioni» tra scrittura costituzionale e prassi interpretative. – 6. Giudici comuni e Corte costituzionale al crocevia dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, con specifico riguardo alle prospettive aperte dalla riforma del titolo V.

1. I TRE PUNTI TOCCATI DALL'ANALISI

Toccherò, sia pure con la massima rapidità imposta dalle circostanze, tre punti nel corso di questo mio intervento, i primi due aventi carattere metodico e teorico-dogmatico, l'ultimo carattere prevalentemente istituzionale, attenendo specificamente alle relazioni tra i giudici (e, ancora più specificamente, tra giudici comuni e Corte costituzionale) in occasione delle interferenze che si riscontrano tra diritto comunitario e diritto interno. In realtà, si tratta di una distinzione di comodo, largamente approssimativa, dal momento che i profili di ordine generale sono ovviamente presenti, sia pure ormai solo sullo sfondo, anche con riguardo alla parte finale della mia riflessione, così come, di rovescio, le parti che la precedono sono fortemente «impressionate» – se così si può dire – dalle relazio-

* Intervento al Convegno su *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Copanello (CZ) 31 maggio-1 giugno 2002.

ni tra le Corti e dalle non poche, complesse questioni che nel corso del loro svolgimento vengono di continuo a porsi.

In un primo momento, tenterò di stabilire quali rinnovati significati teorici possano essere ricercati e pratici utilizzi possano farsi, nella presente congiuntura connotata da una integrazione ormai avanzata tra gli Stati, delle categorie delle «tradizioni costituzionali comuni» e dei «controlimiti», una volta che esse siano fatte scivolare dal piano della teoria delle fonti, nel quale sono comunemente ambientate, a quello della teoria dell'interpretazione.

Passerò, quindi, a chiedermi quale rilievo alle categorie stesse possa essere assegnato, da un inusuale angolo visuale rispetto a quello dal quale sono osservate, riguardandole dalla prospettiva del rapporto tra politica e diritto, per un verso, e, per un altro, dell'equilibrio tra gli organi della normazione e gli organi dell'applicazione.

Infine, mi interrogherò su taluni possibili sviluppi delle relazioni tra giudici comuni e Corte costituzionale, per il modo con cui le interferenze tra normativa comunitaria e normativa nazionale, verosimilmente destinate ancora di più a crescere ed a diffondersi sul territorio, specie dopo la riforma del titolo V, potranno riflettersi sulle esperienze processuali e, dunque, sugli equilibri tra le sedi istituzionali presso le quali esse si incardinano.

2. Le relazioni interordinamentali e il loro scivolamento dal piano della teoria delle fonti (e della «logica» potenzialmente conflittuale che ne pervade gli sviluppi) al piano della teoria dell'interpretazione (e della «logica» potenzialmente conciliante che ne informa le più espressive manifestazioni)

Che ne sarà – è subito da chiedersi – della teoria dei «controlimiti» con l'ulteriore avanzata del processo d'integrazione europea e, soprattutto, con la sua compiuta maturazione? Si consumerà da se medesima, come da parte di alcuni si sostiene, ovvero potrà (e dovrà) essere ancora di più rinvigorita, come ha sostenuto nel corso del nostro incontro F. Salmoni, a seguito di un ampio ed accurato *excursus* dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia?

La divaricazione dei poli dell'alternativa suddetta è indice eloquente – mi pare di poter dire – non tanto, come pure comunemente si afferma, delle incertezze diffuse che si hanno a riguardo degli esiti del processo storico-politico d'integrazione, che qui si dà per scontato che seguiterà a portarsi avanti (pur tra non poche contraddizioni e non rimosse ambiguità e complessive carenze, specie di ordine istituzionale), quanto delle palesi difficoltà di sistemazione teorica dei dati di cui in atto disponiamo, della loro reciproca combinazione, della complessiva qualificazione.

Non diversa, peraltro, può essere la impostazione della questione con riferi-

mento ad altre categorie-chiave usualmente utilizzate per descrivere i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, dalla peculiare e particolarmente illuminante prospettiva della giurisprudenza, quale quella delle c.d. «tradizioni costituzionali comuni», da cui costantemente ed in misura rilevante si alimenta l'ordinamento comunitario nelle sue stesse strutture elementari costitutive, vale a dire nei suoi princìpi: una categoria ora vista come naturalmente transitoria, in attesa della «costituzionalizzazione» (in senso proprio) dell'ordinamento stesso, ora invece come base sulla quale quella costituzionalizzazione, una volta giunta a maturazione, è chiamata in modo permanente a poggiare ovvero come serbatoio dal quale il futuro ordine europeo dovrà, ugualmente in modo duraturo, attingere per saldarsi armonicamente con le singole identità costituzionali, senza rinnegarle od omologarle in una forzosa, artificiale unità.

Va subito avvertito che le diverse letture proposte non costituiscono soltanto una delle tante manifestazioni di «pluralismo» dottrinale di cui, nei campi più varî di esperienza, si hanno innumeri, salutari testimonianze. La questione, infatti, a me sembra che vada ben oltre le specifiche divergenze ora esemplificativamente indicate, per investire piuttosto un generale modo di intendere la Costituzione, l'intero ordinamento interno su di essa edificato, i suoi complessivi rapporti con l'ordinamento comunitario. È insomma una questione di fondo, che, per la sua parte, rivela e rimette in discussione la concezione del diritto di cui ciascuno di noi si fa portatore e che, come tale, obbliga a scelte di campo circa l'orientamento da assumere per pervenire ad un soddisfacente inquadramento dei singoli temi e problemi di volta in volta indagati. Se non prendiamo consapevolezza della posta in gioco, non riusciremo – sembra di poter dire – a cogliere fino in fondo i sottili e alle volte sotterranei ma solidissimi legami che intercorrono tra specifiche ed apparentemente separate e distanti questioni, che nondimeno tutte si tengono da uno stesso punto teorico-generale dal quale discendono ed al quale appunto possono farsi unitariamente risalire.

La scelta della prospettiva d'inquadramento o – il che è praticamente lo stesso – del terreno sul quale osservare i fenomeni indagati è risolutiva al fine della loro teorica qualificazione.

La teoria dei «controlimiti» è stata fin qui comunemente vista come un capitolo, forse davvero quello centrale, dell'intera teoria delle fonti, nelle sue specifiche applicazioni ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario: i «controlimiti» hanno sul piano delle relazioni interordinamentali – se ci si pensa – lo stesso «posto» che è assegnato allo stato d'eccezione nella costruzione schmittiana dell'ordinamento statale, mostrando il volto dell'unico, vero sovrano (nella prospettiva dei rapporti interordinamentali, allo stadio attuale della loro evoluzione, lo Stato). Disvelano, perciò, un orientamento metodico e teorico-generale assiologicamente fondato: quello stesso che sta a base della più accreditata e diffusa ricostruzione dell'essenza e, perciò, dell'identità della Costituzione e, per essa, dell'intero ordinamento statale, rinvenendosi nei princìpi fondamentali il nucleo intangibile da parte di qualsivoglia manifestazione giuridica espressiva di potere costituito, e non già di potere costituente.

È singolare, ad ogni modo, la circostanza, già in altre occasioni rimarcata ma sulla quale sarebbe forse opportuno un supplemento di riflessione, per cui il rilievo teorico dei «controlimiti» parrebbe essere inversamente proporzionale alla loro pratica utilità. Per la verità, anche il fatto di non averne ad oggi fatto utilizzo, nel senso considerato loro proprio di diga all'avanzata impetuosa e travolgente di norme sovranazionali incompatibili coi princìpi di base dell'ordinamento costituzionale, non costituisce prova certa ed irrefutabile della loro inservibilità. Le truppe di difesa di cui ogni Stato si dota al fine di fronteggiare l'avanzata di un ipotetico, imprevedibile nemico non sono di certo meno «utili» solo perché, fortunatamente, non messe in campo. Utile è, piuttosto, la risorsa in sé, vale a dire il fatto di disporre di un potenziale difensivo al quale è in ogni tempo possibile far appello. Eppure, non è affatto senza significato la circostanza per cui siffatta risorsa, *per il modo con cui è comunemente intesa*, non sia stata a tutt'oggi spesa; il che può – a me pare – insinuare il dubbio che forse il difetto non sta appunto nella «cosa» in sé bensì nel *modo* con cui noi la vediamo e, di conseguenza, nel *nome* con cui è stata battezzata – come si ricorderà – dal compianto P. Barile.

Per la dottrina corrente, i «controlimiti» costituiscono l'ultima riserva a favore della identità costituzionale degli Stati, dissipata la quale la stessa identità si smarrirebbe e disperderebbe. La loro specifica *ratio* si coglie, dunque, in una prospettiva dualista o – diciamo meglio – in una prospettiva di relazioni interordinamentali non *pienamente* o *risolutivamente* monista. Perciò, la teoria in parola ha invero rispecchiato fedelmente e in sé emblematicamente riassunto il modo con cui si è fin qui complessivamente svolta la vicenda dell'integrazione, con le sue contraddizioni, le sue tensioni, le ambiguità.

Le relazioni tra diritto comunitario e diritto interno hanno, fin dal loro inizio, mostrato la ristrettezza e povertà concettuale degli schemi usuali d'inquadramento adottati sia in ambito internazionale che in ambito nazionale, dal momento che tanto la «logica» dualista quanto quella monista si rivelano, per l'uno o per l'altro verso, comunque forzose, inadeguate a rappresentare una esperienza segnata da tratti accentuatamente originali, irriducibili a quelli compiutamente descritti in applicazione delle «logiche» suddette. La verità, ormai nota a tutti, è che i rapporti in discorso non sono, *per come ad oggi sono*, né di *pura separazione*, pur nel «coordinamento» instaurato dai trattati – come spesso si dice in giurisprudenza –, né di una ormai *compiuta integrazione*, con la sovrapposizione stabile ed omnipervasiva del diritto sovranazionale rispetto a quello nazionale. Sono, piuttosto, ancora a mezza via e, dunque, appaiono ora dell'una specie ora dell'altra, a seconda delle congiunture, delle norme in conflitto, dei valori evocati in campo. L'immagine più nitida della separazione è, appunto, resa dalla teoria dei «controlimiti», che tuttavia, per il fatto di non esser stata fin qui messa alla prova nel senso prima accennato, mostra le evidenti difficoltà in cui si imbatte, nello sforzo di resistere alla dilagante avanzata del diritto comunitario.

Il piano della teoria delle fonti è, dunque, il piano dei *potenziali* conflitti, *ordinariamente* risolti a vantaggio del diritto comunitario, *eccezionalmente* (in caso

d'ingresso in campo dei «controlimiti») a vantaggio di quello interno. Se, poi, si studiano le «tecniche» in applicazione delle quali i conflitti interordinamentali sono ripianati, si ha modo di osservare come anche nel primo caso (oltre che nel secondo) la «logica» della separazione non sia ancora stata interamente rimossa, dal momento che il meccanismo della «non applicazione» delle norme nazionali ad opera dei giudici comuni, che – come si sa – costituisce la più visibile ed espressiva testimonianza della «logica» della integrazione, non può essere messo in campo per talune specie di antinomie (e, tra queste, quelle che vedono coinvolte le direttive e, in genere, le norme comunitarie non *self-executing*), la cui composizione rimane devoluta alla Corte costituzionale, vale a dire a quello stesso organo – si faccia caso – che si è riconosciuto come istituzionalmente competente ad attivare i «controlimiti». Anche la «tecnica» processuale, insomma, rispecchia in modo emblematico le forti, perduranti oscillazioni delle vicende ordinamentali tra «logica» della separazione e «logica» della integrazione.

Il piano della teoria delle fonti e la prospettiva ad esso congeniale non sono, tuttavia, i soli su (e da) cui i rapporti interordinamentali possono essere proficuamente inquadrati; ambientandoli, piuttosto, sul piano (e dalla prospettiva) della teoria dell'interpretazione è, infatti, possibile pervenire a risultati di altro orientamento e significato. L'approccio metodico *potenzialmente conflittuale* si converte allora – è parso a me di poter dire in altra occasione – in uno *potenzialmente conciliante*. È ovvio che gli esiti delle qualificazioni che chiudono i processi ermeneutici possono essere di vario segno, tanto nel senso della conformità o, come che sia, della compatibilità tra le norme in campo, quanto in quello della loro reciproca contraddizione; ma qui ciò che importa è appunto l'*orientamento* (o, se si vuole, il *preorientamento*) dei processi stessi, determinato da una precisa opzione metodica posta a base degli stessi.

È interessante osservare come la dottrina dei «controlimiti», nata allo scopo di salvaguardare l'essenza dell'ordinamento costituzionale minacciata dallo «straniero» aggressore, possa essere caricata di significati profondamente diversi da quello originariamente posseduto (o, meglio, ad essa assegnato, per una certa ricostruzione dell'indirizzo giurisprudenziale sulla sua base affermatosi) e, persino, rovesciata su se stessa, convertendosi, in talune circostanze, nel suo (apparente) *opposto*, vale a dire giocando a tutela dello *stesso* ordinamento comunitario messo a rischio, nelle sue basi assiologiche, da norme adottate in ambito europeo che, pur non contrastando frontalmente coi trattati, si dimostrino comunque idonee ad incidere, sia pure di traverso ma alle volte significativamente, sul patrimonio dei diritti fondamentali riconosciuti nello stesso ambito europeo. E il vero è che, a base di talune torsioni di prospettiva che, a mia opinione, si sono avute (e si hanno) in occasione della osservazione teorica dei «controlimiti», sta proprio l'idea, alle volte pure non confessata ma ugualmente diffusa in ambienti politico-istituzionali così come tra la dottrina, che l'ordine europeo nel suo progressivo costruirsi e rinsaldarsi sia «altro» dal patrimonio dei valori fondamentali di diritto interno sui quali è cresciuta e maturata l'esperienza degli Stati costituzionali, sia appunto – come ho ritenuto altrove di doverlo metaforicamente

rappresentare – come una sorta di esercito nemico che ha ormai stretto d'assedio la cittadella degli ordinamenti nazionali, arroccatasi nella sua ultima e più alta postazione, traendo a sé il ponte levatoio dei «controlimiti» nell'intento (con ogni probabilità, disperato) di resistere (fintantoché possibile…) all'aggressore. Un'idea essenzialmente, profondamente inesatta, sol che si consideri che ciascuna identità nazionale (e costituzionale) è parte vitale ed integrante dell'ordine europeo, che si fa giorno dopo giorno con l'apporto costruttivo indefettibile degli stessi ordinamenti nazionali e delle istituzioni che a vario titolo vi partecipano (e, per ciò che qui più da vicino importa, particolarmente i giudici). Detto altrimenti, in prospettiva assiologica, si fa proprio muovendo dai valori fondamentali che danno l'identità degli ordinamenti nazionali, sia pure ricercando sintesi originali tra gli stessi, nei modi che di qui ad un momento, per taluni aspetti, saranno meglio esplicitati.

Che i «controlimiti» non siano (o, meglio, non siano necessariamente o istituzionalmente, non potendosi naturalmente escludere la pur remotissima ipotesi dell'attentato per mano comunitaria a valori fondamentali di diritto interno) un'arma da imbracciare contro il «nemico» ma siano o possano piuttosto essere un'ulteriore risorsa a favore del processo d'integrazione, una volta che se ne faccia utilizzo sul piano della teoria dell'interpretazione, è dimostrato da talune vicende che potrebbero aver per protagonista la Carta di Nizza, specie nella presente congiuntura di transizione.

Per quanto sia i giudici comunitari che gli stessi giudici nazionali abbiano cominciato a farvi più volte riferimento, è indubbio che fino a quando la Carta non sarà integrata nei trattati non potrà ricevere una stabile e sistematica protezione. La teoria dei «controlimiti» potrebbe, invece, prestarsi a sua tutela, qualora norme comunitarie incompatibili con le enunciazioni della Carta siano arrestate al momento del loro ingresso negli ordinamenti nazionali in quanto irrispettose di disposti costituzionali espressivi di princìpi fondamentali *reinterpretati alla luce della Carta stessa*. Se, poi, si considera che la Carta in parola costituisce, per una parte assai significativa, la «razionalizzazione» di quelle «tradizioni costituzionali comuni» e, in genere, di quelle acquisizioni sul piano della tutela dei diritti che sono frutto di elaborazione della Corte di Lussemburgo, allora può anche dirsi che, per l'ipotesi sopra descritta, *i «controlimiti» si porrebbero in funzione servente delle «tradizioni»*. E, poiché i primi, nella loro sostanza normativa e – come dire? – strutturale corporeità, sono dati proprio da quei princìpi fondamentali che costituiscono il «materiale» assiologico-normativo di cui si compongono e da cui incessantemente si alimentano le seconde, se ne avrebbe una particolarmente rilevante testimonianza, da una inusuale prospettiva, delle mutue implicazioni e delle stesse congiunzioni che si realizzano tra gli ordinamenti sul terreno dei valori, per il tramite delle costruzioni giurisprudenziali e degli incroci che sul piano interpretativo tra di esse si determinano.

Qui è il fuoco della questione ora discussa. La teoria dell'interpretazione può, almeno fino ad un certo punto ed in non poche circostanze, colmare talune carenze strutturali che la teoria delle fonti non è, per un suo limite congenito inva-

licabile, in grado di ripianare, alimentando prassi ricostruttivo-applicative degli enunciati costituzionali orientate verso la Carta europea dei diritti e, in genere, il diritto comunitario nelle sue manifestazioni assiologicamente più espressive. Allo stesso tempo, una teoria «europea» dell'interpretazione, «mite» – per riprender un termine caro a G. Zagrebelsky – nelle sue applicazioni e metodicamente portata non già a soffocare bensì a salvaguardare ed esaltare le identità costituzionali nazionali, si alimenta e rigenera senza sosta di quelle «tradizioni costituzionali comuni» alla cui conformazione ciascun ordinamento nazionale concorre, specie per via giurisprudenziale, offrendo quanto di meglio al proprio interno ha e custodisce nel proprio patrimonio di valori.

Una concezione meramente «difensivistica» della teoria dei «controlimiti», quale appunto quella che ha storicamente preso forma nell'ambito della dottrina delle fonti, poteva apparire congeniale alle esigenze del processo d'integrazione nello stadio iniziale del suo lungo ed affannoso «cammino» (per richiamare una efficace metafora ancora di P. Barile). In linea teorico-astratta, come pure si osservava dianzi, sarebbe imprudente escludere che possa essere, in una congiuntura eccezionale, messa in campo nel suo primitivo significato. Ma non è il tempo straordinario, bensì quello ordinario, che qualifica il senso *reale*, e non meramente astratto, di una costruzione ordinamentale. Lo scivolamento dal piano delle fonti al piano dell'interpretazione, dove la teoria stessa può oggi ricevere le sue più gratificanti e fruttuose applicazioni, risulta tuttavia naturale allo stadio *attuale* dell'integrazione; anzi, appare essere un fatto *dovuto*, proprio perché oggi, a differenza del passato, c'è già un patrimonio assiologico europeo che va prendendo forma, di cui la Carta di Nizza costituisce ad un tempo uno degli elementi costitutivi ed una sua emblematica, sintetica rappresentazione. Ma, come si sa, le radici di un siffatto processo di «costituzionalizzazione», che va di pari passo col riconoscimento di diritti fondamentali «europei», sono assai più risalenti e ramificate, ancorché per la gran parte nascoste, affondando nel terreno di una evoluzione giurisprudenziale che, per quanto non di rado afflitta da evidenti timidezze espressive ed anche qualche sbandamento assai grave, è costantemente progredita attingendo proprio a quella «cultura» dei diritti fondamentali affermatasi in ambito nazionale, vale a dire in quell'ambito in cui è, non casualmente, cresciuta e si è tipicamente manifestata la teoria dei «controlimiti».

Pensare di poter seguitare ad ambientare le relazioni tra i due ordinamenti sul solo piano della teoria delle fonti equivarrebbe non soltanto a perpetuare scorie di una concezione veteroseparatista che, per quanto non del tutto superata, è tuttavia largamente recessiva e complessivamente inadeguata a rispecchiare fedelmente la presente realtà storico-politica; ancora di più, equivarrebbe ad occultare il patrimonio di valori di cui già oggi l'ordinamento comunitario risulta dotato e che ha proprio nelle «tradizioni costituzionali comuni» la sua fonte più generosa alla quale ha attinto e, per le ragioni che di qui a breve si diranno, a mia opinione, seguiterà ad attingere. È bene, dunque, che si abbia piena consapevolezza a riguardo del fatto che una teoria assiologicamente orientata sia dell'ordine europeo che della Costituzione e dell'ordinamento interno non può oggi puntare,

per il suo ulteriore e più solido sviluppo, esclusivamente o anche solo prevalentemente sugli elementi che si fanno attrarre dal polo della separazione, dovendo piuttosto poggiare specificamente su quelli che, per loro naturale vocazione, sollecitano il processo d'integrazione ad ulteriori, rilevanti accelerazioni verso la meta del suo perfezionamento. I «controlimiti» – come qui si viene dicendo – possono allo scopo offrire un apporto di prima grandezza, una volta opportunamente rigenerati nella loro stessa struttura semantica e, dunque, rivisti da una prospettiva e secondo un (pre)orientamento metodico non potenzialmente, sistematicamente conflittuale.

3. «Controlimiti» e «tradizioni costituzionali comuni» nel circolo interpretativo, assiologicamente orientato e connotato da un rapporto di mutua alimentazione semantica tra enunciati costituzionali ed enunciati comunitari/europei

A questo fine e dalla prospettiva qui ritenuta la più congeniale alla osservazione delle relazioni interordinamentali attraverso il prisma della giurisprudenza, va preso atto del fatto che «controlimiti» e «tradizioni costituzionali comuni» non sono due «cose» diverse o, meglio, che sono due cose che, pur non coincidendo interamente, sono tendenzialmente destinate a confluire reciprocamente fino al punto di immedesimarsi e rendersi, a conti fatti, indistinguibili nel «circolo» ermeneutico in cui dinamicamente si compongono e rinnovano le relazioni tra i due ordinamenti.

Gli uni, i «controlimiti», parrebbero specificamente rilevare lungo il verso che porta i materiali normativi di diritto comunitario ad immettersi nell'ordinamento interno; le altre, le «tradizioni», attenere invece al momento della immissione di materiali di produzione interna in seno all'ordinamento comunitario. Ma, anche questa è una descrizione o una spiegazione immediatamente ed approssimativamente evocativa di uno stato di «cose» che c'è invero nella realtà; e, tuttavia, appare essere eccessivamente semplificante e, come tale, forzosa, avendo un suo senso comune, intuitivamente apprezzabile, sul piano della teoria delle fonti che, però, può nuovamente esser rivisto e percepito in modo assai diverso sul piano della teoria dell'interpretazione.

Per un verso, infatti, i «controlimiti» non possono essere compiutamente intesi ed apprezzati trascurando il dato elementare costituito dal fatto che la ricostruzione dei significati degli enunciati costituzionali espressivi di diritti richiede di esser naturalmente orientata verso quelle fonti sia di diritto internazionale che di diritto sovranazionale che, trattando della stessa «materia» dei diritti, entrano a far parte del «blocco» di materiali sui quali si piega la riflessione dell'interprete. Per quanto il punto sia, ancora oggi, indebitamente trascurato anche dalla più accorta e sensibile dottrina, non va, a mia opinione, perso di vista neppure per un

momento il fatto che della *nostra* identità costituzionale, del nostro DNA – come ho detto in altra occasione –, fa parte integrante l'apertura, assiologicamente imposta, verso tutte quelle manifestazioni positive di diritto (latamente) «esterno» comunque idonee al perseguimento della pace e della giustizia tra le Nazioni. Nel momento stesso in cui l'ordine interno si piega, positivamente (sul piano della teoria delle fonti) ovvero culturalmente (sul piano della teoria dell'interpretazione), davanti a siffatte manifestazioni, esso *si esalta*, realizzando se stesso in uno dei suoi tratti costitutivi più genuinamente espressivi ed assiologicamente qualificanti. Persino laddove dovesse assistersi, come a parer mio sarebbe possibile, al pur momentaneo sacrificio di *altri* valori fondamentali, in nome della pace e della giustizia (per un'accezione – come si vede – temperata e conciliante, e non già rigida o «pura», della stessa dottrina dei «controlimiti»), di valori dunque recessivi in relazione alle peculiari esigenze di un caso, l'ordinamento ugualmente realizzerebbe *tutto quanto* se stesso: per ciò che è, appunto, possibile, nei limiti segnati dalle operazioni di «bilanciamento» assiologico cui usualmente si fa luogo in sede giudiziale, ed in attesa di ulteriori ed ancora più appaganti realizzazioni ovvero di diverse combinazioni assiologiche, in rapporto a casi ugualmente diversi.

V'è, a mia opinione, un'aporia logica non rimossa nella dottrina dei «controlimiti», così com'è comunemente intesa, per il fatto stesso che assiomaticamente si considerano per sistema recessivi i fini-valori enunciati nell'art. 11 davanti ad altri valori *ugualmente* fondamentali, laddove dalla premessa della pari, non gerarchizzabile, dignità costituzionale dei valori stessi (e dei princìpi che ne costituiscono la prima e più espressiva traduzione positiva) dovrebbe piuttosto trarsi, pianamente e risolutamente, la conclusione per cui, in sede di «bilanciamento» – come usa dire –, sarebbe possibile (e, anzi, inevitabile), accanto ai casi di primazia di valori diversi da quelli inscritti nell'art. 11, l'altro, opposto, della loro pur parziale compressione al cospetto della pace e della giustizia tra le Nazioni.

Non è di qui riprender da cima a fondo questioni inerenti alla composizione dinamica del sistema, nelle sue più elevate espressioni, che richiederebbero ben altro spazio ed approfondimento. Il riferimento appena fatto, tuttavia, è di per sé assai indicativo delle difficoltà cui va incontro, una volta spinta fino alle sue ultime e conseguenti applicazioni, la dottrina dei «controlimiti», se ambientata sul terreno sul quale è comunemente osservata, quello appunto della teoria delle fonti.

Va, poi, considerato che l'orientamento delle prassi interpretative di diritto interno aventi specificamente ad oggetto i princìpi fondamentali verso le enunciazioni internazionali e sovranazionali in tema di diritti fondamentali parrebbe esser oggi ancora di più rimarcato ed avvalorato, a seguito della riforma del titolo V della Carta che, da un lato, chiama gli organi della produzione all'osservanza degli impegni internazionali e comunitari e, dall'altro, si rivolge agli organi dell'applicazione (e, in primo luogo, a giudici ed amministratori ma anche, ovviamente, ai cittadini), imponendo l'affermazione di interpretazioni conformi al diritto «esterno» in genere (per comodità espressiva, utilizzo l'aggettivo in larga

accezione, comprensiva anche delle manifestazioni normative di diritto comunitario, alle quali il termine stesso è, però, come si sa, impropriamente applicato, se non altro con riguardo al piano degli effetti, se non pure a quello della fonte della loro produzione).

In realtà, una teoria dell'interpretazione assiologicamente ispirata esige che nessuna forma di preorientamento interpretativo in relazione ai diritti fondamentali si imponga a scapito di altre: nessuna in via esclusiva consentita o, all'opposto, tutte ugualmente legittime, tanto quella che vuole rilette le disposizioni costituzionali alla luce delle enunciazioni delle Carte dei diritti, quanto l'altra che vuole riviste queste ultime alla luce delle prime. Se, infatti, è vero che gli artt. 10 e 11, con l'ulteriore, non secondaria (e sia pur discutibile) aggiunta del comma 1 dell'art. 117, parrebbero avallare il preorientamento metodico a favore dei documenti internazionali e sovranazionali in genere, non è meno vero che proprio l'enunciato specificamente riguardante i diritti, quello dell'art. 2, è in sé «neutro», sollecitando l'impianto di soluzioni interpretative *come che sia* idonee a soddisfare i diritti, *magis ut valeant* (non si dimentichi che la stessa Carta europea contiene una norma autoreferenziale in fatto d'interpretazione, obbligando non solo ad applicare le disposizioni della Carta stessa maggiormente avanzate sul piano della tutela dei diritti – come riconoscerle è, poi, un altro discorso – ma, ancora prima, ad *interpretarle* alla luce di siffatto preorientamento assiologico). Nel momento in cui l'operatore dispiega sul suo tavolo di lavoro i documenti riguardanti i diritti possiede, infatti, una sola certezza: quella di dover utilizzare *tutti* i materiali di cui dispone in modo tale da offrire la soddisfazione maggiormente appagante, in relazione alle esigenze del caso, ai diritti. Può, sì, prendere questo o quel documento e farne applicazione a discapito di altri: in una evenienza siffatta, se ci si pensa, la teoria delle fonti avrebbe conseguito un'ulteriore sua affermazione, a favore di questo o quell'ordinamento, a seconda appunto che si faccia o no utilizzo dei «controlimiti». Ma ancora meglio farebbe a prendere *simultaneamente* entrambi i documenti, per il fatto stesso di mescolarli assieme, avviando un circolo virtuoso di mutua alimentazione semantica tra gli stessi: leggendo, perciò, gli enunciati di diritto interno alla luce di quelli di diritto «esterno» e questi in relazione a quelli e, specificamente, alla *Grundnorm* dell'art. 2 che, in fatto di diritti, li riassume ed emblematicamente esprime.

Ed è proprio qui che si coglie come il verso che, per la dottrina corrente, porta le «tradizioni costituzionali comuni» a muoversi dagli ordinamenti nazionali fino a pervenire e ad insediarsi nell'ordinamento europeo, appaia a conti fatti troppo schematicamente e riduttivamente inquadrato: esattamente allo stesso modo e nella identica misura in cui, come si è appena fatto notare, si ritiene che i «controlimiti» attengano al verso opposto.

L'osservazione della giurisprudenza comunitaria ed il confronto con le giurisprudenze nazionali (specie costituzionali) conferma che le «tradizioni» in parola non costituiscono tanto un *prius*, quanto piuttosto un *posterius* rispetto alla immissione in ambito comunitario dei materiali normativi di diritto interno relativi ai diritti fondamentali. Le «tradizioni», insomma, non sono un dato in sé immoto

e precostituito alla sua analisi da parte del giudice comunitario, che attende unicamente di essere da quest'ultimo disvelato e proficuamente utilizzato, non l'*oggetto* ma il *frutto* di una «metabolizzazione» comunitaria dei diritti, dal momento che la loro stessa esistenza dipende da un riconoscimento che è di esclusiva competenza della Corte comunitaria. Eppure, una volta di più, le rielaborazioni cui quest'ultima fa luogo delle esperienze nazionali non possono che poggiare proprio su queste ultime, per il modo con cui esse prendono corpo ed acquistano senso soprattutto attraverso l'opera ricostruttiva apprestata dalle giurisprudenze nazionali, le quali poi, a loro volta, attingono, seppur il più delle volte inespressamente, alla stessa giurisprudenza comunitaria, oltre che ad altre fonti culturali e positive che hanno comunque la loro radice al di fuori dell'ordine interno.

Il «dialogo» tra le Corti – com'è comunemente chiamato – è sicuramente ad oggi assai carente ed insoddisfacente. Tuttavia, sarebbe riduttivo affidarsi, al fine della sua misurazione, ai soli riscontri espliciti contenuti nelle pronunzie di questo o quel giudice nazionale ad orientamenti delle Corti non nazionali (e, naturalmente, viceversa). C'è, infatti, un «sommerso» che attende ancora di essere esplorato come si conviene e che, nondimeno, lascia intendere quanto corposa sia l'influenza, ancorché non confessata, che la nostra Corte costituzionale – per ciò che ora specificamente importa far notare – ha subìto da parte della giurisprudenza sia di Strasburgo che di Lussemburgo, e che è tanto più significativa se si considera che la presunzione parrebbe giocare piuttosto in senso inverso, se non altro per il fatto che l'ambiente su cui ha storicamente allignato la cultura dei diritti fondamentali è proprio quello nazionale.

Tra «tradizioni costituzionali comuni» e «tradizioni costituzionali *nazionali*», se così vogliamo chiamarle (su quest'accezione, peraltro, tornerò tra non molto), non c'è dunque piena identità, non risultando le prime dalla mera, meccanica o avalutativa sommatoria delle seconde. Di più: la circostanza per cui esse ricadono specificamente nell'area degli accertamenti rispettivamente riservati alla Corte di Giustizia ed alle Corti nazionali le rende *quodammodo* disomogenee, proprio per la peculiare natura di ciascuna Corte e degli ordinamenti di appartenenza. Se, poi, si aggiunge l'ulteriore circostanza per cui, secondo una tesi largamente accreditata e che, con ogni verosimiglianza, sarà storicamente vincente, le «tradizioni comuni» si pongono quale espressione della più avanzata (e non già dell'autenticamente «comune») tutela in ordine al riconoscimento dei diritti, comportando pertanto ripetute e significative selezioni tra i varî ordinamenti, potrebbe astrattamente darsi il caso che un principio fondamentale del nostro ordinamento – per ciò che qui specificamente importa rilevare – non entri a comporre le «tradizioni comuni» (e lo stesso, naturalmente, potrà dirsi per ciascun altro ordinamento). E, tuttavia, questa è appunto un'ipotesi solo *astrattamente* fattibile, fortemente osteggiata, per non dire seccamente respinta, sul piano di una matura, assiologicamente orientata, teoria dell'interpretazione: e, invero, le risorse di cui si dispone, al fine di avviare prassi interpretative volte ad integrare e riconciliare, nelle loro strutture assiologiche costitutive, gli ordinamenti a confronto, sono davvero tante e tali da renderla praticamente remota, fin quasi ad azzerarla.

Reinterpretati i princìpi fondamentali costituzionali nella loro apertura al diritto internazionale e comunitario, l'idea che alcuni o anche uno solo di essi possa restare escluso dal novero dei princìpi e dei materiali normativi in genere di cui si compongono le «tradizioni comuni» sembra francamente inattendibile. Ma è vero anche l'inverso: che le «tradizioni comuni», intese non già alla luce di un orientamento metodico che chiuda e sterilmente avvolga in se medesimo l'ordine comunitario bensì riguardate anche (e soprattutto) alla luce delle suggestioni provenienti dalle giurisprudenze nazionali, si volgono naturalmente e costantemente verso i princìpi-valori di diritto interno, tendendo appunto al loro recupero ed alla loro crescente valorizzazione nella *stessa* dimensione europea, alla luce delle rinnovate acquisizioni di senso che i princìpi medesimi ricevono nel contesto di origine.

4. «Tradizioni costituzionali comuni» e «tradizioni costituzionali nazionali» quali punti di equilibrio nei rapporti tra politica e diritto, per un verso, e, per un altro, tra organi della produzione ed organi dell'applicazione

Il secondo dei punti sui quali – come dicevo – vorrei brevemente intrattenermi è strettamente connesso a quello appena toccato, sicché, in considerazione delle cose appena dette, si può ora procedere speditamente nel suo esame.

La teoria dei «controlimiti» e quella delle «tradizioni costituzionali comuni» posseggono, poi, un rilievo su un piano sul quale a tutt'oggi non sono state, a mia opinione, fino in fondo indagate e sul quale, invece, potrebbero rivelarsi assai indicative di più generali tendenze sia della pratica giuridica che della riflessione teorica sulla stessa.

Le categorie suddette non hanno, infatti, la sola funzione di «cerniera» tra gli ordinamenti; in aggiunta a questo loro significato, sul quale si è specificamente e pressoché esclusivamente appuntata l'attenzione dei commentatori della giurisprudenza, esse ne hanno un altro, in qualche modo più nascosto ma non meno rilevante, ponendosi quale punti di equilibrio nei rapporti tra politica e diritto, per un verso, e tra organi della produzione ed organi dell'applicazione, per un altro verso.

Se ci si pensa, ancora una volta è in gioco la teoria stessa della Costituzione e, ancora più largamente, dell'ordinamento giuridico.

Dei princìpi fondamentali, che danno corpo ai «controlimiti» e, simultaneamente, alle «tradizioni costituzionali comuni», si hanno o, meglio, possono aversi diverse accezioni: in punto di diritto, tante quante le dottrine della Costituzione. A loro volta, le «tradizioni» possono essere viste come costituite unicamente dai princìpi in parola ovvero in una ancora più ampia accezione, che le configura come composte dei princìpi stessi ma non in modo assorbente ed esclusivo.

Non saprei ora dire con sicurezza se a questo secondo indirizzo metodico-teorico può farsi ricondurre, come mi parrebbe, la tesi manifestata, nella sua magistrale relazione di sintesi al nostro incontro, da G. Silvestri, specificamente laddove ha riconosciuto nelle «tradizioni» in parola l'espressione forse più emblematica del «tramonto» – come egli l'ha chiamato – del positivismo giuridico. In fondo, anche i princìpi fondamentali possono essere ambientati, come lo sono stati da autorevoli dottrine di ispirazione (latamente) «realista», in una cornice teorica non positivista o, diciamo con maggior cautela, non *esclusivamente* o *prevalentemente* positivista. Come sempre, dunque, occorre intendersi, esplicitando in primo luogo le coordinate metodiche e teorico-generali sulle quali viene fatta poggiare la ricostruzione dei rapporti interordinamentali e, quindi, sviluppando linearmente quest'ultima sulle basi previamente poste.

Il «tramonto» in parola, peraltro, può esser visto, in prospettiva, come duraturo ovvero come precario, a seconda degli scenari prefigurati con riguardo al processo d'integrazione. La categoria delle «tradizioni», infatti, può esser intesa come transitoria ed il suo tramonto, perciò, preludere ad una nuova alba del positivismo, pure diversa dal passato, qualora ci si muova nell'ordine di idee secondo cui la categoria stessa sarebbe stata un'«invenzione» – come pure s'è fatto in altre sedi notare – necessitata dallo scopo di spingere vigorosamente in avanti il processo d'integrazione ed orientarlo verso inusuali, non meramente economiche, acquisizioni, in attesa che le «tradizioni» possano farsi quindi da parte una volta pervenuti ad una «costituzionalizzazione» *optimo iure* dell'ordine europeo (appunto, attraverso la «razionalizzazione» di un catalogo dei diritti fondamentali autenticamente «europei»). E, tuttavia, il quadro ora sommariamente descritto non è il solo immaginabile per l'Europa unita. Non è detto, infatti, che al riconoscimento di un catalogo dei diritti europei debba, per ineluttabile necessità, corrispondere il sacrificio dello strumento, ormai da se medesimo consumatosi, delle «tradizioni». Piuttosto, pur dopo la codificazione dei diritti (e – non sembri superfluo precisare – dei *doveri*), nel senso detto, le «tradizioni» ugualmente seguiterebbero a prestare la loro opera infungibile di «cerniera» interordinamentale, facendo transitare senza sosta materiali normativi ed esperienze giurisprudenziali dall'uno all'altro ordinamento, specie coltivando fruttuosamente il terreno di quella interpretazione «bidirezionalmente» orientata di cui ho già discorso in altre sedi ed alla quale anche qui ho ritenuto opportuno, da una peculiare prospettiva, far riferimento. Tanto più avvalorato parrebbe essere questo scenario se si considera che la disomogeneità (oltre una certa misura ineliminabile) dei contesti nazionali naturalmente sollecita a fermarsi, in sede di redazione di una Carta costituzionale dell'Europa unita, ad un ristretto dettato «costituzional-europeo» in tema di diritti fondamentali, alla sua conformazione strutturale in modo tale da dotarlo di una estrema duttilità ed apertura a forme plurime e differenziate di sviluppi normativi e giurisprudenziali e, di conseguenza, della proprietà a farsi variamente, sensibilmente integrare dalle «tradizioni nazionali» e dalle esperienze in genere maturate nell'ordinamento interno sul piano della protezione dei diritti, grazie alla loro sempre più avanzata positiviz-

zazione, per un verso, ed alla loro tutela giurisdizionale, per un altro. Connotati, questi, che già oggi possono rinvenirsi in capo alla Carta di Nizza e di cui è ragionevole prevedere la conservazione anche per il caso che la Carta stessa dovesse essere opportunamente revisionata, così come peraltro suggerito da molte parti e pur da varie angolazioni, prima della sua integrazione nei trattati ovvero del suo sostanziale recepimento da parte della Costituzione europea, qualora a quest'ultima si dovesse finalmente pervenire.

Il punto cruciale non è, tuttavia, questo, per quanto della massima importanza, ma è un altro; e riguarda la *struttura* delle «tradizioni» stesse, il loro essere costituite esclusivamente da norme ovvero anche da altro (e, segnatamente, da prassi, giurisprudenziali e non) e, ancora, solo o prevalentemente da norme scritte ovvero anche da norme non scritte (il riferimento non è solo ad ordinamenti, quale quello inglese, caratterizzati dalla *common law*, ma possiede una generale valenza e, dunque, riguarda anche il nostro ordinamento, in relazione al quale è da chiedersi in che misura consuetudini costituzionali e prassi giudiziali entrino a comporre, per la loro parte, le «tradizioni» suddette ovverosia quali ne siano i fattori di selezione e gli indici di riconoscimento).

Qui, è il fuoco della questione sopra indicata, laddove si diceva che «tradizioni» e «controlimiti» possono porsi quali «spie» particolarmente espressive del modo con cui sono usualmente ambientati i rapporti tra politica e diritto, specie tra quella parte sia della politica che del diritto che prende corpo attraverso la giurisprudenza costituzionale ovverosia che si rispecchia in quest'ultima.

Per avvedersi di ciò, va avvertito che «tradizioni» si hanno anche in ambito interno, in seno al quale germogliano spontaneamente, ponendosi rispetto al diritto costituzionale scritto (e, segnatamente, alla sua parte assiologicamente più qualificante ed espressiva, costituita dai princìpi fondamentali) in un rapporto particolarmente complesso, connotato da una forte tensione interna ed animato da una dinamica che senza sosta si rinnova, presentandosi in forme assai varie, anche reciprocamente assai divaricate, per orientamento e complessivo significato.

Viste in relazione ai princìpi di base dell'ordinamento, le «tradizioni *nazionali*» – se così vogliamo chiamarle – assolvono una duplice funzione, ora integrativa ed ora specificativo-attuativa: in un caso e nell'altro, nondimeno, prendono «posto» nella complessiva vicenda ordinamentale *a fianco* del diritto costituzionale scritto e non già *in vece* di questo. Di riflesso, anche le «tradizioni comuni» hanno la loro radice in terreni ordinamentali in cui la scrittura costituzionale, in maggiore o minore misura a seconda delle singole esperienze, ha comunque una sua indefettibile funzione di ordine o, come che sia, di orientamento delle dinamiche produttive ed interpretative che ad essa fanno riferimento.

In tema di diritti fondamentali, non va trascurato un dato, per quanto di comune acquisizione e tuttavia assai di frequente non preso nella giusta considerazione, che, per il modo con cui tipicamente si presenta nei singoli contesti, è idoneo a riflettersi anche fuori di essi con forme d'incidenza dalla varia intensità. Negli ordinamenti pluralistici, infatti, vi sono diritti che richiedono al fine della loro protezione interventi più o meno corposi e continui da parte del legislatore

(indipendentemente, in una certa misura, dalla loro natura, di diritti civili o sociali: la necessità di «prestazioni» aventi base normativa per entrambi è ora, da noi, opportunamente sottolineata dall'art. 117 «novellato»); ma, accanto a questo bisogno, v'è pure l'altro, non meno avvertito, di spazi di autodeterminazione a favore di singoli e di gruppi. Ne costituisce un'eloquente, seppur non esaustiva, testimonianza la sussidiarietà «orizzontale», di cui ugualmente si ha ora traccia (ancorché, per la verità, alquanto sbiadita) nel nuovo titolo V. Allo stesso modo, non è solo la società ma anche la politica che richiede di disporre di *spazi vuoti di regole di diritto costituzionale* (e, discendendo, di diritto comune), pur se necessariamente illuminati dalla luce dei princìpi, nei quali secondo la propria attitudine compiutamente realizzarsi.

Prendono così corpo complessi «miscugli» di *princìpi* e di *regole* in tema di diritti e, ancora specificando, di regole frutto di *auto-* ovvero di *etero*-determinazione, che appunto nel loro insieme compongono l'ossatura delle «tradizioni» dei singoli ordinamenti. L'obiezione secondo cui tali «tradizioni» parrebbero non essere, a prima vista, tutte o per intero «costituzionali», in realtà, non presenta alcun pregio teorico ed è, anzi, palesemente viziata di approssimazione ed ingenuità.

Per un verso, infatti, la Costituzione rimane in ogni caso il punto (l'*unico* punto, dalla prospettiva del diritto interno) di unificazione-integrazione dell'ordinamento: pur laddove singoli e gruppi reclamino spazi vuoti di regole costituzionali, siffatta loro pretesa in tanto può essere avanzata, in quanto sia pur sempre fondata nella *stessa* Costituzione (appunto, nel principio pluralista).

Per un altro verso, poi, i princìpi costituzionali, a motivo della loro congenita, strutturale vaghezza e formidabile apertura a forme plurime di inveramento, prendono corpo e, dunque, si fanno compiutamente riconoscere ed apprezzare unicamente attraverso le manifestazioni (positive e non) che li svolgono, specificano ed attuano, rendono complessivamente visibili e realizzati (rammento qui, ancora una volta e sia pure solo di sfuggita, l'aureo insegnamento di A. Ross a riguardo della *durchgehende Korrelation* che s'instaura tra le fonti e le esperienze giuridiche cui esse fanno luogo, la stessa Costituzione affidandosi, per questa illuminante prospettiva, in ordine alla sua compiuta interpretazione, agli atti chiamati a darvi latamente attuazione).

E, infine, per un altro verso ancora, la disciplina positiva nel suo insieme, sia essa costituita da regole frutto di autonomia che da regole eteronome, va rivista alla luce del modo con cui si compone con la prassi, specie quella giurisprudenziale, che – come si sa – nel momento stesso in cui la garantisce, la integra e variamente rinnova, caricandola di significati continuamente aggiornati ed adeguati alle esigenze dei casi.

Il rapporto tra normazione e giurisprudenza (e, in generale, «applicazione»), come pure si dirà meglio di qui ad un momento, è assai vario per i singoli contesti, i diritti, il tempo. Stabilire, dunque, quanta parte della complessiva tutela si debba all'una ovvero all'altra forma di attività «attuativa» (in senso lato) del quadro costituzionale è impossibile a farsi in astratto e, peraltro, assai disagevole a

farsi in concreto. La qual cosa, per la sua parte, dimostra quanta approssimazione e parzialità vi sia nei giudizi correnti volti a connotare come assorbente o esclusivo il ruolo giocato da questa o quella istituzione in seno alla forma di governo e/o alla forma di Stato, trascurando di far luogo alle necessarie precisazioni in relazione ai singoli campi di esperienza come pure, per ciascuno di essi, a singole manifestazioni giuridicamente rilevanti. La stessa qualificazione di siffatte vicende ha, infatti, luogo in seno allo stesso circolo ermeneutico in cui si dispongono e dinamicamente rinnovano gli elementi da qualificare e finisce, dunque, col fare tutt'uno con essi, risentendo di quelle stesse suggestioni culturali di cui sono espressione tanto le norme che riconoscono i diritti ovvero vi danno attuazione, quanto le prassi giudiziali ed applicative in genere sulla loro base impiantate.

Le «tradizioni costituzionali nazionali» sono, dunque, tutto questo; sono dei «materiali» estremamente compositi nella loro interna struttura e natura, connotati – come si diceva – da un forte dinamismo interno e dalla tensione verso la ricerca di forme varie di equilibrio: tra norme dell'uno (costituzionale) ovvero dell'altro (subcostituzionale) livello della scala gerarchica e dell'una o dell'altra specie (a seconda che esprimano e soddisfino l'esigenza di *auto-* o *etero*-regolazione) e, ancora, tra normazione e giurisprudenza (o «applicazione» in genere). E, tuttavia, tutto ciò posto, se si ha riguardo a ciò che, *nel diritto comunitario vivente*, particolarmente rileva al fine della composizione delle «tradizioni costituzionali comuni», ci si avvede di quanta parte delle «tradizioni nazionali» vada purtroppo dispersa o, come che sia, non adeguatamente considerata. Del groviglio di «materiali» di cui queste ultime – come si è appena fatto notare – sono composte solo la crosta ed una sua parte soltanto viene direttamente, in concreto, recuperata; un'altra, invece, solo di riflesso e – ahimè – in misura assai ridotta.

Non ci si scandalizzi di tutto ciò. È naturale che gli interlocutori privilegiati della Corte di Giustizia non siano né i legislatori nazionali né i giudici nel loro insieme ma, a conti fatti, in prevalenza, i tribunali costituzionali (e questi stessi, peraltro, come si sa, neppure in modo sistematico, complessivamente adeguato all'impegno ricostruttivo richiesto in ambito europeo). Sia pure con un eccesso di semplificazione ma buona approssimazione al vero, può dirsi che la Corte di Lussemburgo intende le «tradizioni nazionali», quali elementi cui attingere nella ricerca della loro sintesi e dimensione «europea», vale a dire al momento della loro conversione in «tradizioni comuni», siccome specificamente risultanti da enunciazioni costituzionali e (nei limiti in cui è conosciuta e sostanzialmente utilizzata) dalla giurisprudenza ugualmente costituzionale formatasi sopra di esse.

Qui, si assiste ad un fatto singolare, che meriterebbe di esser meglio analizzato altrove (ma sul quale tornerò brevemente anche in occasione della trattazione dell'ultimo dei punti toccati in questa mia riflessione). Mentre, infatti, gli organi giurisdizionali che cercano il «dialogo» con la Corte di Giustizia sono specificamente (e, per ciò che concerne il nostro ordinamento, esclusivamente) i giudici comuni, in occasione dell'attivazione della pregiudizialità comunitaria, di contro la Corte, nella sua giurisprudenza sulle «tradizioni comuni» (e, invero, non solo

su questa), non vi presta una particolare attenzione, facendo capo soprattutto alle giurisprudenze costituzionali (e, come pure è assai noto, particolarmente ad alcune …).

In tal modo, le «tradizioni nazionali» subiscono, nella loro proiezione europea ed al momento della loro «metabolizzazione» ad opera della giurisprudenza di Lussemburgo, una evidente, forte selezione e torsione, che ha quindi – si faccia caso – il suo «ritorno» negli stessi ordinamenti di origine, per il modo con cui la giurisprudenza comunitaria e la produzione normativa ad essa «conseguenziale» si riversano all'interno degli Stati, sollecitando e variamente orientando le prassi produttive ed interpretative che in essi hanno luogo. Attraverso una serie di passaggi o di mediazioni (specie giurisprudenziali), le «tradizioni», transitando dagli ordinamenti nazionali a quello europeo e, quindi, tornando ai primi, subiscono continue, significative semplificazioni e correzioni semantiche, i cui effetti, anche per l'aspetto degli equilibri istituzionali di diritto interno, sono di notevole rilievo, per quanto di assai disagevole percezione e sistemazione teorica.

Nessuno, ovviamente, contesta la centralità di ruolo – come pure approssimativamente suol dirsi – giocato dalle Corti costituzionali (e, per ciò che a noi importa, dalla nostra) nella complessiva dinamica istituzionale di diritto interno. Ma, nella dimensione europea questo ruolo, per quanto *in termini di valore assoluto* bisognoso di esser ancora meglio valorizzato, visto *in termini relativi*, vale a dire in rapporto al ruolo in ambito interno giocato dai giudici comuni e dallo stesso legislatore, appare marcatamente accentuato, ad esso – come si è detto – facendosi specificamente e pressoché esclusivamente capo al fine della ricognizione delle «tradizioni nazionali». Potrebbe anche dirsi, in due parole, così: che le «tradizioni comuni» giovano, per l'aspetto ora considerato, all'ulteriore crescita della giurisprudenza costituzionale in rapporto alle altre manifestazioni (normative e non) di cui si compongono le complessive vicende giuridiche in ambito interno.

In realtà, il riequilibrio (o, meglio, un *certo* riequilibrio) è garantito, per fortuna, dalla stessa giurisprudenza costituzionale, che è figlia – come si è soliti dire – del suo tempo, della cultura (giuridica e non) che, sotto la spinta delle più forti e pressanti esigenze, si afferma nei contesti nazionali ed alla cui formazione, com'è chiaro, *tutti* gli operatori (giudici e legislatore) al pari delle energie maggiormente attive nella società, danno il loro concorso. La giurisprudenza costituzionale rispecchia, per un verso, questa cultura e, dunque, fa da veicolo (esso pure culturale) per il suo transito e il suo radicamento (nei limiti consentiti dal confronto paritario con le altre culture) in ambito europeo; per un altro verso, nondimeno, la cultura stessa è filtrata e variamente forgiata dalla giurisprudenza, che ad essa non si alimenta mai in modo passivo. Il «diritto vivente» in fatto di tutela dei diritti fondamentali, quale risulta dagli orientamenti dominanti nella giurisprudenza di merito, viene, dunque, recuperato soprattutto attraverso la giurisprudenza costituzionale formatasi sopra di esso: una giurisprudenza che, pur laddove lo «riconosca», assumendolo a dato intangibile al quale conformarsi, per ciò stesso *quodammodo* lo «costituisce», quanto meno nel senso che lo costituisce nella di-

mensione europea, offrendogli una capacità di proiezione che altrimenti comunque non avrebbe.

5. Le «tradizioni» tra scrittura costituzionale e prassi interpretative

Da questa prospettiva ed in considerazione del ruolo servente giocato dalle «tradizioni nazionali» nei riguardi degli enunciati costituzionali espressivi di valore, parrebbe eccessiva la ricostruzione teorica che vede ormai irreversibilmente segnato il destino del positivismo giuridico lungo il cammino della costruzione europea.

Se, infatti, si tiene fermo il principio secondo cui la scrittura costituzionale, conformemente alla propria indisponibile natura e vocazione, possiede la proprietà di delimitare l'area dei significati astrattamente possibili ed estraibili in via d'interpretazione, ogni forma di sostanziale marginalizzazione o accantonamento della scrittura stessa in rapporto alle pratiche formatesi sulla base di essa rischierebbe di peccare di eccessivo «realismo». E, tuttavia, neppure va commesso l'errore opposto (e non meno grave) di svilire oltre misura l'apporto costruttivo, eminentemente «creativo» (come pure, con una certa, non rimossa rozzezza concettuale, suole dirsi), che viene dalla pratica giuridica, in ciascuna delle sue manifestazioni (siano esse produttive, siano appunto applicative, in relazione alle indicazioni costituzionali). Un apporto che, ovviamente, è vario, presentando numerosi «gradi» e forme di articolazione interna, a seconda che, nei singoli contesti ed anche con riferimento ai singoli diritti, ora si estenda ed ora invece si contragga la disciplina positiva prodotta in svolgimento del quadro costituzionale, così come parallelamente estesa ovvero contratta può esser la produzione giurisprudenziale che ad essa si riferisca.

Pur con specifico o esclusivo riguardo alle esperienze latamente «attuative» dei princìpi costituzionali, si danno dunque «tradizioni» che hanno la loro origine e il loro *humus* naturale di attecchimento nel diritto interno e che, per la loro struttura e natura, si presentano ora come normative ed ora come giurisprudenziali o, meglio, siamo ora in grado di dire, ora come *prevalentemente* dell'una o dell'altra specie, secondo apporti variabili sulla base di molteplici fattori.

Ma, il terreno sul quale in ambito interno si dispongono princìpi e tradizioni costituzionali è popolato anche da «materiali» che hanno fuori dell'ambito stesso la loro genesi e il contesto più favorevole alla loro crescita e manifestazione: tra questi, appunto, le «tradizioni comuni», che una volta (ri)elaborate ad opera del giudice comunitario riversano il loro enorme potenziale espressivo negli stessi ordinamenti nazionali, sia pure attraverso la mediazione necessaria prestata da norme comunitarie, per un verso, e, per un altro, dalla giurisprudenza di Lussemburgo, essa stessa – come si rammentava – «normativa» quanto agli effetti che è stata riconosciuta idonea a produrre in seno agli ordinamenti nazionali. Qui, le «tradizioni comuni», ormai divenute quindi «europee», tornano ad in-

contrarsi con le «tradizioni nazionali» e ad essere perciò (astrattamente …) verificate alla luce dei «controlimiti». Il circolo interpretativo, in tal modo, si perfeziona e torna infinite volte, dinamicamente, a ripassare su se stesso, rinnovandosi ad ogni passaggio senza sosta col fatto stesso dell'incessante rinnovamento delle norme, della giurisprudenza, del diritto insomma in tutte le sue manifestazioni, in ambito europeo così come in quello nazionale.

Le «tradizioni comuni» hanno, pertanto, una duplice forma ed un ugualmente duplice terreno di emersione: nell'ordinamento comunitario, rilevano (apparentemente) *in modo diretto* (in realtà, solo attraverso il filtro della giurisprudenza, quale «luogo» privilegiato del loro riconoscimento); nell'ordinamento interno, *indirettamente*, attraverso il «ritorno» che è ad esse assicurato dalle attività complessivamente poste al loro servizio.

«Tradizioni comuni» e «tradizioni nazionali», in tal modo, si mescolano assieme, fino a divenire praticamente indistinguibili. Il mezzo attraverso il quale si compone e rinnova la loro *reductio ad unum* è dato, come si è venuti dicendo, dal fatto interpretativo, anzi: dai fatti interpretativi che, specie grazie al «dialogo» tra le Corti (e tra i giudici in genere), vengono a prendere corpo in questo o quell'ordinamento, rigenerandosi di continuo da se medesimi, ora assecondando ed ora invece precedendo e variamente influenzando i processi della normazione.

Ma, se l'interpretazione è, appunto, il mezzo naturale per la emersione delle «tradizioni» (senza aggettivi), il parametro verso il quale lo strumento stesso è naturalmente portato a volgersi è dato dai valori, nella loro forma positiva più immediatamente espressiva, vale a dire i princìpi costituzionali.

Differenze non da poco possono, invero, riscontrarsi quanto al modo con cui siffatto orientamento assiologico dell'interpretazione è operato, rispettivamente, in ambiente comunitario ed in ambiente nazionale, sol che si consideri il fatto che specificamente nel secondo, e non ancora (o, meglio, ancora assai imperfettamente) nel primo, si dispone di un catalogo di princìpi espressivi di diritti dotato di un formidabile potenziale assiologico. Ed allora è chiaro che i margini di manovra di cui dispongono le Corti nazionali, pure – come si sa – di solito visti come particolarmente larghi e significativi, risultano naturalmente più circoscritti dalla forza ordinativa della scrittura costituzionale rispetto a quelli di cui è invece dotata la Corte comunitaria: che, per il fatto stesso di poter variamente combinare plurime espressioni linguistiche e «tradizioni nazionali» sulla loro base formatesi in ambienti culturali reciprocamente differenziati, è in grado di «manipolare» i materiali ai quali attinge in modi indicibilmente più innovativi di quelli che si hanno usualmente in ambito nazionale. Anzi: quanto più disomogenei, per origine e complessiva caratterizzazione, sono i materiali offerti dagli ordinamenti interni, tanto più si allargano gli spazi entro i quali la Corte comunitaria fa luogo all'«impasto» degli stessi per desumerne le «tradizioni comuni» e gli altri elementi ai quali fa riferimento al momento della confezione delle proprie decisioni. La pressione, insomma, esercitata da materiali culturalmente omogenei, quali usualmente sono quelli che si formano in ambiente interno, disponendosi e variamente combinandosi su un terreno comune, è, *per regola*, maggiore di quella

che invece si ha in ambiente europeo, ad opera di materiali estratti da ordinamenti segnati da varie esperienze, in relazione ai quali pertanto l'operatore naturalmente dispone di poteri di selezione e qualificazione particolarmente consistenti (è interessante notare, sia pure solo di passaggio, che un'importante azione stabilizzatrice delle «tradizioni comuni» e, dunque, della giurisprudenza che le riguarda può essere ora svolta dalla Carta dei diritti di Nizza, per quanto essa non costituisca – come si è dietro avvertito – una mera, piatta o statica rappresentazione grafica delle «tradizioni» stesse ed, anzi, possa, per la sua parte, dare una spinta non da poco per la formazione di *nuove* «tradizioni», anche nazionali).

Qui, nondimeno, non è questione né di quantità né di qualità (nella quale, peraltro, come si sa, non di rado la prima inavvertitamente scivola e sostanzialmente si converte) in sede di confronto tra i modi di operare delle Corti. L'analisi strutturale dei materiali utilizzati dalle Corti stesse, nonché (e soprattutto) delle attività interpretative da esse svolte, evidenzia una comune vocazione delle Corti: che è, appunto, quella di *incontrarsi*, più che (o anziché) di *scontrarsi*, e di dar vita ad indirizzi interpretativi destinati, sì, a misurarsi reciprocamente, in una sana competizione avente per posta in palio la valorizzazione maggiore possibile, alle condizioni storicamente date, dei valori, ma anche, per quanto possibile, a fondersi assieme, una volta che finalmente dovesse prendersi atto che non vi sono, né possono esservi, valori o *solo* nazionali ovvero *solo* europei ma valori che sono nazionali *in quanto* (anche) europei ed europei *in quanto* (anche) nazionali.

6. Giudici comuni e Corte costituzionale al crocevia dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, con specifico riguardo alle prospettive aperte dalla riforma del titolo V

L'ultimo dei profili al quale ora rapidamente guardare attiene agli equilibri che possono intrattenersi tra giudici comuni e Corte costituzionale ed all'influenza su di essi esercitata dalle dinamiche interordinamentali e dalle esperienze interpretative che in esse prendono corpo.

Dire quali scenari possano prefigurarsi, una volta che i rapporti tra gli ordinamenti dovessero ormai svilupparsi sul terreno specificamente coltivato dalla teoria dell'interpretazione più ancora che (o anziché) su quello proprio della teoria delle fonti, non è affatto agevole. Peraltro, sono talmente varî i profili da cui i rapporti in discorso possono essere proficuamente riguardati da rendere assai estesa ed impegnativa l'indagine e complessa l'analisi degli esiti a conclusione di essa conseguiti.

È chiaro, ad ogni buon conto, che, prendendo sempre di più piede un indirizzo interpretativo orientato nel senso di tenersi alla larga da una prospettiva «conflittuale» delle relazioni interordinamentali e che, pertanto, rifugga per sistema dal denunziare la violazione dei princìpi fondamentali di diritto interno davanti alla Corte costituzionale, quest'ultima si troverebbe praticamente taglia-

ta fuori da un «gioco» ermeneutico-applicativo i cui protagonisti siano dati soltanto dai giudici comuni, da un lato, e dalla Corte di Giustizia, dall'altro (mi riferisco, ora, per brevità specificamente a quest'ultima, omettendo ogni riferimento alla Corte di Strasburgo, dal momento che la teoria dei «controlimiti» è stata elaborata, come si sa, avuto specifico riguardo ai rapporti tra diritto interno e diritto comunitario; nondimeno, rimane assai incerto il destino della Corte ora richiamata, in un contesto di integrazione crescente, come peraltro è stato fatto rilevare da molti degli interventi al nostro incontro). A rendere, poi, ulteriormente attendibile siffatta previsione è la circostanza per cui la stessa Corte costituzionale non ha invero fatto molto per inserirsi nel circuito nel quale si muove la Corte comunitaria ed anzi ha piuttosto, per certi versi, favorito la sua stessa emarginazione: ad es., escludendosi inopinatamente dal novero dei giudici abilitati a rivolgersi in via pregiudiziale al giudice comunitario o ancora fissando, stavolta opportunamente, la regola della necessaria precedenza della pregiudiziale comunitaria rispetto alla pregiudiziale costituzionale. Ed è chiaro che, in caso di attivazione da parte dei giudici comuni dello strumento di cui all'art. 234 del trattato, la Corte di Giustizia potrebbe giocare d'anticipo, parando (fin dove possibile …) il rischio che la stessa autorità remittente si rivolga in un momento successivo alla Corte costituzionale laddove sospetti l'incisione a carico di princìpi fondamentali di diritto interno da parte di norme comunitarie. Non si dimentichi, poi, la riconosciuta efficacia *erga omnes* delle pronunzie emesse dalla Corte di Lussemburgo in via pregiudiziale, le cui implicazioni di ordine istituzionale (con specifico riguardo agli equilibri tra le giurisdizioni in ambito interno ma anche a quelli tra queste ultime nel loro insieme e l'amministrazione per un verso, il legislatore per un altro) attendono, nondimeno, di essere ancora adeguatamente indagate.

Un ulteriore aspetto, qui di necessità destinato purtroppo a restare nell'ombra, è poi dato dalla circostanza – sulla quale opportunamente L. Montanari ha invitato, nella sua relazione al nostro incontro, a fermare l'attenzione – che vede ancora oggi assai limitati, praticamente inconsistenti, i casi in cui le giurisdizioni superiori pongono questioni pregiudiziali, malgrado l'obbligo su di esse al riguardo incombente. La teoria dell'«atto chiaro», sommata all'efficacia generale delle decisioni su rinvio pregiudiziale, può insomma portare all'isolamento crescente (per quanto, anche qui si tratti di una auto- e non di una etero-emarginazione) della stessa Cassazione, oltre che del Consiglio di Stato, dal circuito in cui dinamicamente e proficuamente si svolgono le relazioni tra diritto comunitario e diritto interno, attraverso le esperienze giurisdizionali.

Tre dati, tuttavia, devono essere considerati, sia pure con la consueta, massima rapidità, per un'adeguata percezione delle linee costitutive del quadro complessivo e dei suoi possibili sviluppi.

In primo luogo, va tenuto presente che l'indirizzo fin qui seguito dai giudici comuni di non opposizione frontale ed insistita all'ingresso delle norme comunitarie in ambito interno, denunziandone l'incompatibilità coi princìpi di base dell'ordinamento costituzionale, non è dovuto ad una spiccata sensibilità istitu-

zionale o ad una raffinata e matura consapevolezza delle risorse offerte dalla teoria dell'interpretazione «conforme», nelle sue applicazioni alle relazioni interordinamentali. Tutt'all'inverso, la ragione di ciò è da rinvenire in una innaturale divaricazione interna alle relazioni stesse e che ha portato a tenere artificiosamente separati gli elementi che le costituiscono, in forza di una cultura diffusa tra i giudici comuni che – vorrei sbagliarmi – è ancora oggi allo stesso tempo *poco europea* e (forse pure) *poco costituzionale*, per il fatto che i princìpi fondamentali e le «tradizioni comuni», quali parametri del diritto comunitario derivato, sono oggetto solo di occasionali confronti, non già messi per sistema a rapporto gli uni con le altre e, appunto, reciprocamente composti ad unità (quanto meno questo duro giudizio, che invero potrebbe apparire fin troppo severo con riguardo all'indirizzo assunto, da noi come altrove, da alcune magistrature «inferiori», mi pare che possa essere senza alcuna riserva manifestato nei riguardi della Cassazione, per il modo con cui ha fatto – e non fatto … – uso degli strumenti interpretativo-operativi di cui dispone, a partire da quello del rinvio pregiudiziale). Ed allora è chiaro che, fintantoché le norme comunitarie non saranno sottoposte ad uno scrutinio stretto di conformità (o, quanto meno, di *compatibilità*) rispetto ai princìpi costituzionali, la loro sottoposizione al giudizio della Corte costituzionale, attraverso la mediazione assicurata dalla legge di esecuzione, sarà fortemente ostacolata e praticamente ridotta solo a casi sporadici (ad oggi, peraltro, meramente immaginari).

Ancora una volta, tuttavia (e passo così al secondo dato), non è opportuno fermarsi al solo aspetto maggiormente appariscente ma, forse, non pure il più significativo, quanto meno in prospettiva assiologico-sostanziale. L'intera costruzione giurisprudenziale di cui sono artefici i giudici comuni, pur laddove non evochi in campo la Corte costituzionale, nondimeno dalla giurisprudenza di quest'ultima si alimenta incessantemente e corposamente. È vero che non è affatto la stessa cosa che la Consulta sia chiamata a pronunziarsi direttamente su un caso, in relazione al quale sussista il ragionevole dubbio circa l'effettiva osservanza da parte del diritto comunitario dei princìpi di base dell'ordinamento costituzionale, rispetto al caso invece in cui la partita rimanga un fatto esclusivo dei giudici comuni e, se adita in sede di questione pregiudiziale, della Corte di giustizia. Eppure, anche in quest'ultima evenienza, la giurisprudenza costituzionale non rimane affatto estranea all'orizzonte culturale degli operatori ma, all'inverso, utilizzata a piene mani, pur laddove – si faccia caso – non sia espressamente richiamata. Dal mio punto di vista, anzi, proprio queste sono le esperienze maggiormente espressive, dal momento che stanno a significare che ormai la giurisprudenza della Consulta è entrata in circolo, è stata «metabolizzata», ed è correntemente, spontaneamente «parlata», esattamente allo stesso modo con cui si fa uso del linguaggio materno da ciascuno di noi appreso ed utilizzato senza alcuna fatica.

In terzo luogo, va tenuto presente che l'indirizzo complessivamente seguito dalla nostra giurisprudenza costituzionale, specie nelle sue manifestazioni degli ultimi anni, si presenta assai articolato e non può essere schematicamente rias-

sunto alla luce di alcune vicende processuali soltanto, per quanto particolarmente espressive, quale quella maturata con riguardo alle questioni pregiudiziali. Così, non si dimentichi la ripresa avutasi sul terreno del sindacato accentrato di costituzionalità, dopo la cessione di campo operata con la «storica» sent. n. 170 del 1984, specie per ciò che concerne i casi di contrasto tra norme interne e direttive (o, in genere, norme comunitarie non *self-executing*) e i casi di impugnazioni di leggi col procedimento in via di azione.

Ora, mettendo per il momento da canto i conflitti con norme non autoapplicative, in relazione ai quali non vi sono segni di un possibile, imminente cambiamento di rotta giurisprudenziale, cosa potrà accadere con riguardo alle controversie tra Stato e Regioni non è affatto prevedibile (perlomeno ad oggi; ma, non si trascuri il dato costituito da numerose pronunzie con cui la Consulta ha già ripreso a tessere la sua tela sul nuovo titolo V). Infatti, gli effetti prodotti dalla riforma costituzionale dello scorso anno, anche per ciò che concerne specificamente i giudizi di costituzionalità, sono ad oggi bisognosi di essere studiati come si conviene, nell'ambito della più generale considerazione degli effetti di sistema aventi la loro (diretta o indiretta) radice appunto nella riforma suddetta. A me è sembrato giusto far notare altrove che l'impugnazione delle leggi regionali sospette di violare il diritto comunitario da parte del Governo aveva la sua specifica *ratio* nel meccanismo di controllo preventivo stabilito dall'art. 127 Cost., nella sua originaria versione, e che, perciò, essa assai poco si giustifica dopo la sostituzione del meccanismo stesso col suo opposto (una osservazione di sfuggita: avendo la Corte ora deciso – sentt. nn. 304 e 306 del 2002 – che il controllo su quella specialissima legge regionale che è la «legge statutaria» rimane invece di tipo preventivo, potrebbe considerarsi conservata la vecchia «logica» con riguardo ad eventuali impugnazioni degli statuti per violazione del diritto comunitario? Parrebbe, invero, di sì, per quanto remoto possa apparire il riscontro del caso ora immaginato; ma, anche questa è una ipotesi che merita di essere attesa al varco della prova, dipendendone a conti fatti gli esiti dalla estensione della disciplina statutaria e, per ciò che qui specificamente importa, dall'eventuale presenza in essa di indicazioni riguardanti i diritti fondamentali).

Se l'ipotesi ricostruttiva sopra fatta fosse fondata, dovrebbe conseguentemente cadere anche il caso dell'impugnazione delle leggi statali da parte delle Regioni, come si sa specularmente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale (per quanto la simmetria col caso inverso sia giustamente apparsa ad alcuni commentatori artificiosa).

Se ne avrebbe, dunque, un'evidente, ulteriore valorizzazione degli elementi «diffusi» del nostro sistema di giustizia costituzionale (specificamente, in conseguenza dell'attrazione dei casi in parola nell'orbita delle antinomie interordinamentali ripianate davanti alle giurisdizioni comuni), una valorizzazione per altri aspetti (e in generale) già rilevata dagli studi a ciò specificamente dedicati (richiamo solo, al riguardo, gli *Atti* relativi all'incontro del nostro «Gruppo» svoltosi a Pisa nel maggio del 2001). Non si dimentichi, nondimeno, che gli stessi giudici comuni dovrebbero – a stare all'indicazione giurisprudenziale ad oggi inva-

riata – rivolgersi alla Consulta tutte le volte che siano comunque messi a rischio princìpi di base di questo o quell'ordinamento, tanto dunque per il caso di norme comunitarie incompatibili coi nostri princìpi fondamentali, quanto per l'altro, opposto, di norme interne incoerenti coi princìpi dell'ordinamento comunitario (e, tra questi, appunto le «tradizioni comuni»), in applicazione della dottrina dei «controlimiti» (si potrebbe dire, sia nazionali che comunitari).

La questione ora accennata si intreccia, poi, con l'altra relativa ai vizi che giustificano l'impugnazione delle leggi in via principale, a seguito della riforma del titolo V. È chiaro che l'ipotesi di una chiamata in campo della Corte costituzionale presuppone, per essere il più delle volte concretata, il mantenimento della vecchia dottrina favorevole ai ricorsi governativi contro le leggi regionali per *qualunque* vizio di legittimità costituzionale, e non già per il solo vizio d'incompetenza. Non sto ora a ridiscutere delle ragioni che hanno portato ad una (obiettivamente forzosa) interpretazione «adeguatrice» della lettera dell'art. 127, nella sua originaria formulazione, ragioni peraltro a mia opinione già per il vecchio contesto assai discutibili e, con ogni probabilità, ormai completamente venute meno col rovesciamento della tecnica di spartizione delle materie tra Stato e Regioni e, in genere, con l'impianto del nuovo modello di «Repubblica delle autonomie».

Stando così le cose, le esperienze che verranno si aprirebbero a forbice a due esiti radicalmente diversi.

Ritenendosi (a torto o a ragione) invariato il quadro originario, sullo specifico piano dei vizi, ed allora sarà da mettere in conto un crescente coinvolgimento della Corte costituzionale, vuoi per il fatto che si prevede una forte espansione della produzione legislativa regionale e vuoi ancora per l'ugualmente tumultuosa crescita e diffusione ai campi più varî della vita sociale della normativa comunitaria. Di contro, se i ricorsi statali si riterranno giustificati unicamente per il vizio di incompetenza, ed allora la chiamata in campo della Corte potrà aversi per i soli casi di doppio contrasto: nei confronti del parametro costituzionale che sta a base del riparto delle competenze e nei confronti, appunto, del diritto comunitario che allo stesso si riferisca.

Quanto, poi, ai ricorsi presentati dalle Regioni, la loro stessa ammissione si avrà, come si è sopra fatto notare, alla sola condizione che saranno mantenuti i ricorsi del Governo. Per questa ipotesi, a prima vista essi dovrebbero subire una forte contrazione, parallelamente alla contrazione della produzione statale conseguente alla nuova distribuzione delle materie (e delle competenze). Tuttavia, come si è già fatto osservare in altre sedi, non mi avventurerei ad affermare che la disciplina statale soffrirà una vistosa riduzione per quantità (della qualità non discuto …), dal momento che soprattutto in alcuni campi materiali di competenza delle Regioni è piuttosto da attendersi una significativa presenza di norme statali (specie per ciò che concerne la determinazione dei «livelli essenziali» delle prestazioni riguardanti i diritti civili e sociali, ma anche con riferimento ad altre forme di normazione «trasversale» da parte dello Stato, quale quella relativa alle funzioni «fondamentali» degli enti locali).

Il problema, poi, si complica ulteriormente qualora ci si interroghi attorno all'incidenza che il nuovo quadro costituzionale delle competenze è in grado di esprimere nei confronti dei diritti fondamentali. Tanto per l'ipotesi che restringe i ricorsi governativi ai soli casi di invasione della competenza statale, quanto (e, ovviamente, a maggior ragione) per l'ipotesi che l'impugnazione si giustifichi per qualunque vizio, l'interferenza tra norme regionali e norme comunitarie è da prendere in seria considerazione; tanto più in un contesto ormai avanzato in cui la tutela dei diritti fondamentali non si appunta in un solo centro istituzionale di produzione giuridica bensì si distribuisce a raggiera tra più centri, in ambito internazionale e sovranazionale così come in ambito interno.

Ovviamente, come sempre, il modo con cui la questione è ambientata influisce sulla relativa soluzione; e qui la questione di fondo riguarda gli spazi riconoscibili per discipline locali differenziate sul terreno della tutela dei diritti fondamentali. Se, dunque, la formula che riserva allo Stato la fissazione dei «livelli essenziali» dei diritti sarà intesa nel senso che, al di sopra di siffatta soglia, potrà aversi una (concorrente o esclusiva, a seconda delle materie) produzione regionale, ed allora le possibili interferenze con discipline dovute alla mano europea (oltre che a quella della Comunità internazionale) potranno essere continue, diffuse, rilevanti, ed ugualmente diffuse pertanto, per una delle ipotesi ricostruttive dietro discusse, le impugnazioni da parte del Governo. Allo stesso modo, è da mettere in conto l'eventualità di frequenti ricorsi presentati dalle Regioni avverso la normativa statale, che ad es. si consideri eccessiva (*idest*, incompetente) per ciò che attiene alla definizione dei «livelli essenziali» suddetti, per il caso che essa irragionevolmente si spinga oltre la soglia della «essenzialità» (ma qui la soluzione più piana, come s'è fatto da molti notare, è quella di una deroga diretta in via di normazione, anziché l'altra del ricorso, comunque proponibile, alla Corte; un ricorso che, comunque, potrebbe poi aversi da parte del Governo, a seguito dello scostamento, qui ipotizzato, da parte delle leggi regionali rispetto alle norme statali sui «livelli»).

Nessun credito, invece, darei all'ipotesi, pure affacciata in dottrina, secondo cui l'esplicito riferimento contenuto nel I comma dell'art. 117 all'osservanza degli obblighi comunitari potrebbe portare al ripristino generalizzato del sistema accentrato di tutela degli obblighi stessi. Questi ultimi, infatti, vanno rispettati incondizionatamente; e, tra di essi, v'è anche quello risultante dalla giurisprudenza comunitaria e fatto proprio, come si sa, anche dalla nostra giurisprudenza costituzionale, secondo cui le norme comunitarie riconosciute idonee ad esser portate ad immediata applicazione prendono subito il posto di contrarie norme di diritto interno, anche (e soprattutto) *iussu iudicis*. Se, insomma, si pensasse di tornare al vecchio (ed invero collaudato) meccanismo di sindacato accentrato, si violerebbe *ipso facto* (e *iure* …) un impegno comunitario da tempo «razionalizzato» da una giurisprudenza comunitaria ormai consolidata, alla quale – non si dimentichi – la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto forza normativa, quella forza che il I comma dell'art. 117 conferma ora esser *quodammodo* «paracostituzionale».

Nessun rilievo, ai fini del discorso che si va ora facendo, ha poi la circostanza secondo cui il comune richiamo contenuto nel disposto in parola agli impegni internazionali ed a quelli comunitari dovrebbe implicare un loro identico trattamento processuale: l'osservanza degli impegni di diritto «esterno» in genere è una cosa, il *modo* con cui essa è soddisfatta un'altra (per quanto, ovviamente, non sia affatto indifferente che tale modo sia dell'una ovvero dell'altra specie o natura). Semmai, può farsi notare di striscio che la Corte costituzionale sarà ora chiamata ad una corposa opera di protezione del diritto internazionale e, dunque, di quella sua parte che è data dalle Carte dei diritti, riviste anche (e soprattutto) alla luce della giurisprudenza che specificamente le assume ad oggetto in seno allo stesso ordinamento internazionale.

Per quest'ultimo aspetto, parrebbe che, più ancora della giurisprudenza di Lussemburgo, debba essere quella di Strasburgo ad avere la maggiore accoglienza da parte della nostra Corte costituzionale, laddove la prima, in forza del principio o delle «tecnica» dell'applicazione diretta, dovrebbe piuttosto costituire punto di riferimento per la giurisprudenza comune. Ma, anche questa – come si è tentato qui di mostrare – sarebbe una prospettiva eccessivamente schiacciata sul profilo istituzionale, del riparto formale delle competenze tra i giudici. Senza, infatti, trascurare il rilievo di quest'ultimo, è però da considerare quanto corposa possa essere l'influenza sostanziale, seppur alle volte sotterranea e strisciante, esercitata da questa o quella giurisprudenza, per ciò che essa è fin qui riuscita a dire (e promette di dire in seguito) sul terreno della garanzia dei diritti, indipendentemente da qual è poi la sede in cui trova sbocco ed ospitalità o nella quale, ad ogni buon conto, riesce a farsi largo, sia pure attraverso forme più o meno significative di mediazione e rielaborazione.

L'INFLUENZA DELLA GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE SU QUELLA DEI GIUDICI NAZIONALI PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI IN FRANCIA

CATERINA SEVERINO

SOMMARIO: 1. Introduzione. Sul controllo di «convenzionalità» delle leggi in Francia: dalla sentenza *IVG* alle sentenze *Jacques Vabre* e *Nicolo*. – 2. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. – 3. L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 4. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE. SUL CONTROLLO DI «CONVENZIONALITÀ» DELLE LEGGI IN FRANCIA: DALLA SENTENZA *IVG* ALLE SENTENZE *JACQUES VABRE* E *NICOLO*

Il tema dei rapporti tra le Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo ed i giudici nazionali francesi riguardo alla garanzia dei diritti e delle libertà fondamentali ha suscitato e suscita nella dottrina d'oltralpe numerosi interrogativi ed un interesse sempre maggiore [1].

In Francia infatti, al pari di altri paesi europei, i giudici nazionali, comuni e costituzionale, devono coesistere con la Corte di giustizia delle Comunità europee e, dal 1974 – data della ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo – con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Questa coesistenza tra l'ordinamento giuridico statale e gli ordinamenti europei avrebbe potuto dar luce a delle situazioni conflittuali visto che, da un lato, i diversi sistemi giuridici non rientrano in una logica di vera e propria sovrapposizione di tipo federale e, dall'altro, essi si inseriscono in una rete di vincoli a volte

---

[1] Tra i numerosi scritti sulla questione v. R. ABRAHAM, *La France devant les juridictions européennes*, in *Pouvoirs*, 2001, n. 96, 143 ss.; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national*, in *RFDA*, 2002, n. 1, 124 ss.; O. DORD, *Systèmes juridiques nationaux et cours européennes: de l'affrontement à la complémentarité?*, in *Pouvoirs*, 2001, n. 96, 5 ss.; P. MANIN, *Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises*, in *Pouvoirs*, 2001, n. 96, 51 ss.

contraddittori fra loro: la superiorità del diritto costituzionale e la *primauté* del diritto comunitario sul diritto interno, l'autorità delle sentenze delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo e quella delle sentenze dei giudici nazionali, la possibilità di interpretare i trattati da parte del giudice europeo ma anche da parte del giudice nazionale …

Tuttavia, nonostante i numerosi rischi di conflitto che la coesistenza tra i sistemi europeo e nazionale avrebbe potuto provocare, i giudici francesi si sono saputi districare nei complessi rapporti con i loro omologhi europei, integrando la giurisprudenza europea nelle loro decisioni e giungendo ad un dialogo aperto e sicuramente più che proficuo per la protezione effettiva dei diritti e delle libertà fondamentali.

Il grado e il tipo di influenza che le Corti europee hanno esercitato sui giudici d'oltralpe, riguardo alla garanzia dei diritti fondamentali, sono dipesi in gran parte dalla soluzione data da questi giudici al problema fondamentale che concerne il controllo di conformità della legge alle convenzioni internazionali. In effetti, al di là dei meccanismi giurisdizionali che sono comuni a tutti gli Stati membri dell'Unione europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo – quali, ad esempio, il rinvio pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia per l'interpretazione dei Trattati o il ricorso individuale diretto dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo – e che certamente contribuiscono in modo diretto al dialogo giurisprudenziale tra i giudici nazionali e le Corti europee, tale dialogo è altresì fortemente condizionato, in ciascun paese, dalla possibilità offerta ai giudici di verificare la conformità delle leggi al diritto comunitario o convenzionale.

In Francia, il Consiglio costituzionale, invitato a pronunciarsi nell'ambito del controllo di costituzionalità delle leggi in via preventiva sulla compatibilità della legge sull'aborto con l'articolo 2 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella celebre sentenza *Interruption volontaire de grossesse* (*IVG*) del 15 gennaio 1975 [2], ha negato la propria competenza per il controllo della conformità delle leggi nazionali ai trattati o agli accordi internazionali.

Considerando infatti che «non spetta al *Conseil constitutionnel*, quando è adito in virtù dell'articolo 61 della Costituzione, esaminare la conformità di una legge alle stipulazioni di un trattato o di un accordo internazionale» [3], il giudice costituzionale francese ha opposto un rifiuto netto ed inaspettato alla possibilità di realizzare un controllo di «convenzionalità» della legge [4]. Tale rifiuto fu all'epoca

---

[2] *Conseil constitutionnel*, n. 74-54 DC, 15 gennaio 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, in *RJC*, I-30; vedila in L. FAVOREU-L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, XI ed., Parigi, 2001, n. 23.

[3] *Ibidem*, § 7. L'art. 61 Cost. francese è relativo al controllo di costituzionalità delle leggi. Tale controllo si effettua prima della promulgazione dell'atto legislativo, su richiesta di una delle autorità politiche enumerate nell'articolo.

[4] L'espressione «controllo di convenzionalità», che è oramai molto diffusa nella dottrina francese e che sta ad indicare, appunto, il controllo della conformità di una legge alle stipula-

una vera e propria sorpresa poiché la maggior parte della dottrina e la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sin dalla famosa sentenza detta delle «semoules» [5], avevano ritenuto che il conflitto tra un trattato internazionale ed una legge nazionale posteriore si risolvesse in un conflitto tra tale legge e la Costituzione, la cui verifica doveva quindi spettare in modo esclusivo al giudice costituzionale.

Questa idea derivava da un'interpretazione particolare dell'art. 55 Cost. francese – a norma del quale «i trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno […] un'autorità superiore a quella delle leggi» – secondo cui una legge che fosse stata contraria ad un accordo internazionale violava di conseguenza la lettera dell'art. 55 Cost. e doveva quindi essere annullata dal *Conseil constitutionnel*, unico giudice competente per il controllo di costituzionalità delle leggi.

Secondo questo orientamento, le norme convenzionali alle quali la Francia avesse regolarmente aderito dovevano essere incluse tra le norme parametro del controllo di costituzionalità, al pari delle norme costituzionali, e il Consiglio costituzionale avrebbe dovuto essere il solo giudice competente per verificare la conformità della legge ai trattati.

Tuttavia, il Consiglio costituzionale, nella sentenza *IVG*, adottò una lettura diversa [6] delle disposizioni dell'art. 55 e del compito assegnatogli dall'art. 61 della Costituzione. Per il *Conseil*, l'art. 55, che fissa il principio di superiorità del trattato sulla legge, non prescrive né implica che il rispetto di tale principio sia garantito nell'ambito del controllo di costituzionalità previsto dall'art. 61. Tra i due controlli, infatti, esisterebbe una differenza di natura poiché «la superiorità di un trattato su una legge ha un carattere relativo e contingente», essendo limitata al campo di applicazione del trattato ed essendo subordinata ad una condizione di reciprocità, mentre la superiorità della Costituzione sulla legge ha un carattere «assoluto e definitivo» [7]. La differenza di natura tra i due tipi di superiorità ha condotto quindi il *Conseil* ad affermare che «una legge contraria ad un trattato non è, per questo, contraria alla Costituzione» [8] ed a rifiutare di realizzare il controllo di conformità della legge ai trattati.

---

zioni di una convenzione internazionale, è stata introdotta da B. Genevois nella nota alla celebre sentenza del Consiglio di Stato *Nicolo* del 20 ottobre 1989, in *RFDA*, 1989, 824-833, spec. 831.

[5] *Conseil d'État*, *Sect.*, 1 marzo 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules*, *Lebon*, 149, in *AJDA*, 1968, 235, concl. Questiaux. La posizione del giudice amministrativo fu condivisa per molto tempo dal giudice ordinario: Cass. civ., 22 dicembre 1931, *Sirey*, 1932.1.257, concl. Matter, nota Niboyet.

[6] Per un'analisi delle diverse interpretazioni che si possono dare dell'art. 55 Cost., O. Cayla, *Lire l'article 55: Comment comprendre un texte établissant une hiérarchie des normes comme étant lui-même le texte d'une norme?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n. 7, 77-86.

[7] *Conseil constitutionnel*, n. 74-54 DC, 15 gennaio 1975, *Interruption volontaire de grossesse*, cit., § 4.

[8] *Ibidem*, § 5.

Tale rifiuto, da parte del giudice costituzionale, di verificare la conformità delle leggi alle convenzioni internazionali e l'idea su cui esso si fondava – la relatività e la contingenza delle norme di un trattato – aveva come diretto corollario il ruolo esclusivo dei giudici comuni nel garantire l'applicazione del principio di superiorità dei trattati sulle leggi consacrato dall'art. 55 Cost.

Infatti, secondo la tesi sostenuta implicitamente dal Consiglio costituzionale nella sentenza *IVG*, il giudice comune, nel momento in cui deve applicare una legge ad un caso concreto, deve verificarne preliminarmente la compatibilità con le norme internazionali, dopo essersi accertato, naturalmente, che tali norme siano ancora in vigore e che il loro ambito di applicazione concerna quello della legge esaminata. Se poi il giudice rilevasse un'incompatibilità della legge posteriore con la norma convenzionale, egli dovrebbe scartarla dal processo: la stessa legge potrebbe poi essere applicata ad altri casi per i quali il trattato internazionale non abbia alcuna incidenza.

La soluzione data dal Consiglio costituzionale nel 1975 suscitò e suscita ancora oggi in una parte della dottrina vive perplessità, mentre altri autori si schierarono e si schierano tutt'oggi in favore della tesi sostenuta dal giudice costituzionale. Questi ultimi condividono gli argomenti di ordine giuridico avanzati dal giudice costituzionale – una diversa lettura dell'art. 55 Cost. permette di conferire ai giudici comuni il compito di far rispettare la superiorità dei trattati – ed avanzano altresì alcuni argomenti di ordine tecnico come, ad esempio, la brevità del termine (solo un mese) [9] entro cui il giudice costituzionale francese deve controllare la costituzionalità della legge e, quindi, l'impossibilità concreta per questo giudice di effettuare anche un controllo di convenzionalità [10].

All'indomani della sentenza *IVG* e dell'invito implicito fatto ai giudici comuni a realizzare, nel corso dei processi concreti, il controllo delle leggi nei confronti dei trattati, la Corte di cassazione ebbe l'occasione di accogliere tale invito e quindi di applicare concretamente la giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*.

---

[9] Ai sensi dell'art. 61 Cost. il termine di un mese può essere ridotto ad otto giorni se il Governo decreta l'urgenza.

[10] Tra gli autori che maggiormente militano in favore dell'abbandono da parte del *Conseil constitutionnel* della giurisprudenza *IVG*, v. D. DE BÉCHILLON, *De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire*, in *RFDA*, 1998, 225-242; G. CARCASSONNE, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision* n. *74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n. 7, 93-100; B. MATHIEU, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle*, in *RFDA*, 2000, 289-299. Pensano invece che la giurisprudenza *IVG* debba essere mantenuta, L. FAVOREU-L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., n. 23; B. GENEVOIS, *Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision* n. *74-54 DC du 15 janvier 1975?*, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n. 7, 101-108.

Con la sentenza *Société des cafés Jaques Vabre* del 24 maggio 1975 [11], la *Chambre mixte* della Corte di cassazione accettò di far rispettare il principio di superiorità dei trattati previsto dall'art. 55 Cost. facendo prevalere la norma convenzionale sulla legge posteriore ad essa contraria.

Da questo momento in poi, il giudice ordinario, uniformandosi alla posizione del giudice costituzionale, ha realizzato il controllo di conformità delle leggi nei confronti dei trattati scartando, caso per caso, la norma legislativa posteriore contraria alla norma internazionale.

Il Consiglio di Stato, invece, oppose una resistenza lunga e tenace alla giurisprudenza del *Conseil constitutionnel*, poiché per diversi anni continuò a dichiararsi incompetente per il controllo di convenzionalità delle leggi, restando in ciò fedele alla giurisprudenza delle «semoules». Bisognerà aspettare la celebre sentenza *Nicolo* (20 ottobre 1989) [12], per vedere il giudice amministrativo accettare di esaminare nel merito la contrarietà di una legge posteriore ad una disposizione del Trattato di Roma e di far quindi prevalere il trattato sulla legge francese contraria.

Con l'allineamento del Consiglio di Stato alla giurisprudenza degli altri due giudici, la situazione delineatasi a proposito dell'applicazione dell'art. 55 Cost. appare oramai molto chiara. I tre giudici francesi si sono divisi i compiti per quel che riguarda il controllo del rispetto di questo articolo. Il *Conseil constitutionnel* infatti, non esita a controllare ed a dichiarare non conformi alla Costituzione quelle leggi che sono *direttamente* contrarie all'art. 55 Cost. in quanto, per esempio, ne delimitano il campo di applicazione [13]; i giudici ordinari e amministrativi, di qualsiasi grado essi siano, verificano invece la compatibilità delle leggi che dovrebbero applicare nei casi concreti alle convenzioni internazionali, scartandone l'applicazione dal processo qualora dovessero rilevare una contrarietà.

Il quadro così tracciato è stato poi completato e confermato da una sentenza del *Conseil constitutionnel*, in veste, però, di giudice elettorale, nella quale esso accettò di realizzare il controllo di convenzionalità di una legge che doveva essere applicata nel contenzioso delle elezioni legislative di cui era giudice [14]. Accettando infatti di verificare la convenzionalità della legge e di far prevalere il trattato internazionale sulla legge posteriore contraria, il Consiglio costituzionale non fece che confermare e precisare la giurisprudenza *IVG:* quando assume la veste di giudice elettorale, il Consiglio si trova in una situazione simile a quella dei giu-

---

[11] *Cour de cassation*, *ch. mixte*, 24 maggio 1975, *Société des cafés Jaques Vabre*, in *JCP*, 1975, G, II, 18180-*bis*, concl. Touffait.

[12] *Conseil d'État*, *Ass.*, 20 ottobre 1989, *Nicolo*, *Lebon*, 190, concl. Frydman.

[13] *Conseil constitutionnel*, n. 86-216 DC, 3 settembre 1986, *Conditions d'entrée et de séjour des étrangers*, in *RJC*, I-281; *RFDA*, 1987, 128, nota B. Genevois.

[14] *Conseil constitutionnel*, n. 1082-1187, 21 ottobre 1988, *Ass. Nat. Val d'Oise, 5e circ.*, in *Rec.*, 183, commentata da B. Genevois, *Le juge de l'élection, le traité et la loi*, in *RFDA*, 1988, 908-917.

dici comuni ed ha quindi il compito di scartare dal processo la legge ritenuta contraria ad una norma internazionale [15].

L'evoluzione della giurisprudenza dei giudici francesi a proposito del controllo di conformità delle leggi ai trattati e le soluzioni date a questo problema hanno inciso profondamente sul tipo e sull'intensità dei rapporti tra questi giudici e le due Corti sovranazionali, con particolare riguardo alla protezione dei diritti fondamentali.

È difatti evidente che, dovendo verificare la compatibilità delle leggi da applicare al caso concreto con le norme comunitarie e con quelle della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i giudici comuni hanno dovuto tenere conto in maggior misura delle soluzioni fornite dalle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo e in particolare delle interpretazioni dei diritti e delle libertà che queste Corti hanno dato nel corso della loro giurisprudenza. Il *Conseil constitutionnel*, invece, per lo meno quando giudica in veste di giudice costituzionale, si è trovato in minor misura a dover tenere conto della giurisprudenza europea, il che non ha impedito però il formarsi di un dialogo tra questo giudice e le due Corti europee [16].

Certo, il rapporto di collaborazione che si è venuto a creare tra i giudici francesi e le Corti europee incontra alcuni limiti e non è stato esente, soprattutto in passato, da alcuni episodi conflittuali che sono rimasti, però, isolati e limitati.

Tra i più significativi, basti ricordare, per esempio, quello generato dalla giurisprudenza delle «semoules» del Consiglio di Stato. Rifiutando infatti di scartare una legge posteriore contraria al diritto comunitario (originario e derivato), il giudice amministrativo si è opposto per lungo tempo al principio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, principio espresso, sin dal 1964 [17], dalla Corte di giustizia e più volte da essa confermato. Tale rifiuto da parte del Consiglio di Stato si basava in particolar modo sulla tradizione giuridica francese, risalente alla Rivoluzione, secondo la quale un semplice giudice non avrebbe potuto in alcun caso censurare una legge, espressione della volontà nazionale. La sentenza *Nicolo* venne a dirimere questo conflitto, con un allineamento del giudice amministrativo rispetto alle posizioni della Corte di giustizia.

Un altro episodio conflittuale molto famoso tra il Consiglio di Stato francese e la Corte di giustizia fu quello relativo alla diretta applicabilità delle direttive comunitarie. Come è noto, la Corte di giustizia ha ritenuto sin dal 1970 che le di-

---

[15] In tal senso, v. B. GENEVOIS, *Le juge de l'élection, le traité et la loi*, cit., 912-913; L. FAVOREU, *La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit*, Études offertes à Alain Plantey, Parigi, 1995, 33 ss.

[16] In tal senso si veda il Rapporto della delegazione del Consiglio costituzionale alla conferenza delle Corti con competenza costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea, in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998, 4, 59-69.

[17] Sent. 15 luglio 1964, *Costa* c. *Enel*, aff. 6/64.

rettive sufficientemente dettagliate potessero essere direttamente applicate nell'ordinamento statale anche in assenza di misure di applicazione [18]. Il Consiglio di Stato invece, nel celebre caso *Cohn-Bendit* [19], giudicò che la legalità di una decisione amministrativa individuale potesse essere verificata riguardo ad una direttiva solamente se quest'ultima fosse stato oggetto di una trasposizione nell'ordinamento interno. In altri termini, per il Consiglio di Stato, le direttive comunitarie non potevano essere invocate «per fondare un ricorso diretto contro un atto amministrativo individuale», non essendo dotate, contrariamente ai regolamenti, di una diretta applicabilità nell'ordinamento giuridico statale. Il conflitto, sorto in seguito a questa giurisprudenza del Consiglio di Stato, fu poi riassorbito grazie soprattutto ad un'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia: essa ritenne, alla pari del giudice amministrativo francese, che le direttive, per essere applicate nell'ordinamento giuridico statale, dovevano essere oggetto di misure di applicazione. Invece, una volta scaduto il termine per la loro trasposizione, esse avrebbero acquistato un'efficacia diretta [20]. Ma il conflitto fu superato anche grazie ad un'evoluzione giurisprudenziale lenta e complessa del Consiglio di Stato che ha finito per conferire alle direttive comunitarie un'efficacia tale da permettere a qualsiasi persona interessata (e ben consigliata) di trarne tutti i benefici che la giurisprudenza della Corte implicherebbe [21].

Ancora recentemente, il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione, con due sentenze ormai divenute celebri, hanno adottato una posizione contraria a quella sostenuta dalla Corte di giustizia delle Comunità europee a proposito della *primauté* del diritto comunitario. Nelle sentenze *Sarran et Levacher* del Consiglio di Stato [22]

---

[18] Sent. 17 dicembre 1970, *Société SACE*, aff. 33/70.

[19] *Conseil d'État*, *Ass.*, 22 dicembre 1978, *Ministre de l'intérieur* c. *Cohn-Bendit*, *Lebon*, 524, concl. B. Genevois. Il Consiglio di Stato confermò più volte questa giurisprudenza. V. per esempio, *Conseil d'État*, 19 aprile 1989, *Liotta*.

[20] Sent. 26 febbraio 1986, *Marshall*, aff. 152/84.

[21] Su quest'evoluzione del Consiglio di Stato v. P. MANIN, *Les Communautés européennes, l'Union européenne*, Parigi, 1999, n. 629. Un'ulteriore conferma del fatto che il Consiglio di Stato francese, che è stato per lungo tempo considerato fra i giudici più reticenti riguardo all'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale, abbia cambiato notevolmente posizione su questo punto è data dalle sentenze riguardanti il tema scottante delle date di apertura della caccia. Con queste sentenze, il supremo giudice amministrativo ha infatti neutralizzato la volontà del legislatore di non adeguarsi alle prescrizioni delle direttive comunitarie in materia (v. le due sentenze del 3 dicembre 1999, *Association ornithologique et mammamogique de France*, commentate da E. Saulnier et P. Cassia, in *Europe*, febbraio 2000, n. 29 e n. 30).

[22] *Conseil d'État*, *Ass.*, 30 ottobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *Lebon*, 368. Si veda la nota di J.-F. Flauss in *RDP*, 1999, 919-945, che ritiene la sentenza *Sarran et autres* «una delle sentenze più importanti della Quinta Repubblica in materia di gerarchia delle norme» (*Ibidem*, 919). V. pure C. MAUGÜÉ, «L'arrêt *Sarran*, entre apparence et réalité», *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1999, n. 7, 87-92; D. SIMON, *L'arrêt «Sarran»: dualisme incompressible ou monisme inversé?*, in *Europe*, marzo 1999, 4.

e *Fraisse* della Corte di cassazione [23], i due giudici supremi hanno infatti affermato senza mezzi termini la superiorità «nell'ordinamento interno» della Costituzione sui trattati internazionali e si sono quindi rifiutati di far prevalere le norme dei trattati sulla Costituzione. Questa giurisprudenza, che ha provocato vive reazioni tra i giuristi (internazionalisti e costituzionalisti) d'oltralpe, costituisce un limite generale al controllo di convenzionalità delle leggi – tale controllo si arresta infatti laddove il trattato internazionale risulti contrario alla Costituzione – e, nello specifico, una divergenza aperta con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Se, difatti, per i giudici francesi il diritto comunitario non può prevalere sulle norme costituzionali, poiché esso trova il fondamento della propria superiorità, appunto, nella Costituzione stessa e più precisamente nell'art. 55, per la Corte di giustizia invece, per la quale la prevalenza del diritto comunitario deriva dalla natura stessa dei trattati e dallo stesso ordinamento giuridico comunitario, il diritto comunitario deve prevalere non solo sulle norme legislative o amministrative ma anche sulle norme costituzionali degli Stati membri [24].

Ma, al di là dei rari episodi in cui vi è stata una divergenza di soluzioni tra le Corti sovranazionali ed i giudici nazionali francesi, lo studio dei loro rapporti dimostra che complessivamente questi ultimi sono inclini ad accettare e ad ispirarsi alla giurisprudenza dei loro omologhi europei. La possibilità di cui dispongono i giudici comuni di verificare la conformità delle leggi alle norme comunitarie e convenzionali costituisce senza dubbio un punto di contatto molto forte perché vi possano essere degli scambi giurisprudenziali e in particolar modo perché vi sia un certo impatto della giurisprudenza delle Corti europee su quella dei giudici nazionali.

Naturalmente però, per quel che riguarda la protezione dei diritti fondamentali, l'intensità di questo impatto varia a seconda che si tratti della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee o di quella della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'influenza esercitata dalla prima è molto inferiore a quella esercitata dalla seconda.

---

[23] *Cour de cassation*, *Ass. Plén.*, 2 giugno 2000, *Pauline Fraisse*, in *RDP*, 2000, 1037, cronaca X. Prétot; *Dalloz*, 2000, Jur., 865, nota B. Mathieu e M. Verpeaux. Su questa sentenza si veda anche A. Ondoua, *La Cour de cassation et la place respective de la Constitution et des traités dans la hiérarchie des normes*, in *Revue générale de droit international public*, 2000, 985-1001; A. Rigaux-D. Simon, *Droit communautaire et Constitution française: une avancée significative de la Cour de cassation. A propos de l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000*, in *Europe*, agosto-settembre 2000, chron. 8, 3-6.

[24] Sent. 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70.

2. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee

I diritti fondamentali occupano oramai un posto centrale nel processo di integrazione europea, e ciò soprattutto dal 2 ottobre 1997, data della conclusione del Trattato di Amsterdam che, entrato in vigore in Francia il primo maggio 1999, ha modificato il Trattato sull'Unione europea ed il Trattato istitutivo delle Comunità europee. Esso considera i diritti dell'uomo come elementi fondamentali dell'Unione europea. Infatti, l'art. 6, § 1, rifacendosi all'art. F del Trattato di Maastricht [25], dispone che «L'Unione si basa sui principi della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come dello Stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri», mentre l'art. 6, § 2, trascrivendo una giurisprudenza ormai consolidata della Corte di giustizia, precisa che i diritti fondamentali sono i diritti e le libertà individuali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dai diritti costituzionali nazionali e consacrati dal giudice comunitario. Il Trattato di Amsterdam ha inoltre conferito in modo esplicito alla Corte di giustizia delle Comunità europee il compito di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, il che significa che questa Corte possiede ora la competenza espressa per garantire la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario [26].

Ma, precedentemente al rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali ottenuto con il Trattato di Amsterdam, questi diritti avevano già cominciato ad acquistare un posto predominante e sempre più importante nella giurisprudenza della Corte di giustizia che, in modo pragmatico, aveva costituito progressivamente un *corpus* giurisprudenziale di diritti e libertà fondamentali, ritenendone beneficiari i cittadini degli Stati membri.

In effetti, dato il silenzio del Trattato di Roma su questo punto ed in assenza di un catalogo comunitario dei diritti fondamentali, il problema della previsione e della protezione comunitaria di questi diritti è stato lasciato per lungo

---

[25] Anche se il Trattato di Maastricht aveva già previsto l'impegno dell'Unione europea di rispettare i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, si può affermare, alla stregua di F. Sudre, che «da Maastricht ad Amsterdam il cambiamento è [comunque] significativo» poiché si è passati «dal semplice attaccamento degli Stati al principio del rispetto dei diritti dell'uomo (Preambolo del TUE) al principio del rispetto dei diritti dell'uomo come fondamenti dell'Unione» (F. Sudre, *Introduction*, in F. Sudre-H. Labayle, *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2000, 17).

[26] Per un'analisi della svolta operata con il Trattato di Amsterdam nell'ambito della protezione comunitaria dei diritti fondamentali si veda soprattutto F. Sudre, *La communauté européenne et les droits fondamentaux après le Traité d'Amsterdam: vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?*, in *JCP*, 1998, I, 100.

tempo alla sola giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, sin dalla sentenza *Stauder* del 12 novembre 1969 [27], ha elaborato una vera e propria costruzione teorica al fine di garantire i diritti fondamentali nell'ambito comunitario. La Corte ha infatti incluso i diritti e le libertà nella categoria dei principi generali del diritto comunitario di cui essa garantisce il rispetto anche in assenza di una regola scritta. Poi, con la sentenza *Ert* del 1989 [28], essa ha ulteriormente precisato tale dottrina affermando che «secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce il rispetto»; che, a tal fine, «la Corte si ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri ed alle indicazioni fornite dagli strumenti internazionali concernenti la protezione dei diritti dell'uomo ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito» e che «la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riveste, a tal proposito un significato particolare» [29].

Attraverso la categoria dei principi generali del diritto comunitario, ricostruiti tramite il riferimento fatto dalla Corte alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri [30] e, soprattutto, alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo [31], i diritti fondamentali hanno quindi rivestito un ruolo d'importanza primaria nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, il che fornisce una reale possibilità di interazione tra la giurisprudenza comunitaria e la giurisprudenza dei giudici francesi riguardo alla protezione di questi diritti.

Tuttavia, al giorno d'oggi, l'interazione e, in particolare, l'influenza della giurisprudenza comunitaria su quella dei giudici comuni nel campo dei diritti fondamentali resta molto circoscritta [32].

Per quel che riguarda, in primo luogo, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'impatto della giurisprudenza comunitaria è rimasto molto limitato soprat-

---

[27] Sent. 12 novembre 1969, *Stauder*, aff. 29/69. In questa sentenza, la Corte di giustizia affermava che «così interpretata, la disposizione litigiosa non rivela alcun elemento suscettibile di mettere in causa i diritti fondamentali della persona inclusi nei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte assicura il rispetto» (punto 7).

[28] Sent. 18 giugno 1991, *Ert*, aff. C. 260/89.

[29] Sent. 18 giugno 1991, *Ert*, cit., punto 41.

[30] In quest'ottica, secondo F. Moderne, i principi generali del diritto comunitario dovrebbero rivelare un fondo comune agli Stati europei, «un substrato di valori condivisi» (F. Moderne, *Légitimité des principes généraux du droit et théorie du droit*, in *RFDA*, 1999, 739).

[31] Per F. Sudre, «l'appropriazione» del diritto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo da parte del giudice comunitario costituisce la «caratteristica predominante della pratica giurisprudenziale» della Corte di giustizia riguardo alla protezione dei diritti fondamentali (F. Sudre, *Introduction*, cit., 19).

[32] Sui rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto francese v. J. Boulouis, *Droit communautaire et droit français*, Recueil d'études, 1999.

tutto perché il giudice amministrativo non ha ancora dato una risposta esplicita al problema relativo alla diretta applicabilità dei principi generali del diritto comunitario, tranne per quei casi in cui esso si trovi di fronte a degli atti nazionali che applicano il diritto comunitario. Nella sentenza *Rouquette*, per esempio, il Consiglio di Stato ha giudicato che i ricorrenti non potevano fondarsi sulla violazione del principio di legittimo affidamento in quanto le disposizioni contestate non facevano parte degli atti nazionali di applicazione del diritto comunitario [33]. Alcuni autori hanno quindi invitato il giudice amministrativo a pronunciarsi espressamente a favore della diretta applicabilità dei principi generali del diritto comunitario, soluzione che avrebbe il vantaggio di facilitare gli scambi giurisprudenziali tra i giudici nazionali e la Corte di giustizia e che migliorerebbe, secondo questa opinione, la protezione dei diritti fondamentali nello stesso ordinamento giuridico interno [34].

Se non attraverso la via dei principi generali del diritto comunitario, una certa influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia su quella del giudice amministrativo si può riscontrare nel grado di controllo sulle misure che delimitano i diritti fondamentali. Nella sentenza *Alfredo Ragusi* [35] ad esempio, il commissario del governo R. Abraham, nelle sue conclusioni davanti al Consiglio di Stato, fece esplicitamente riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al controllo giurisdizionale delle misure delimitanti la libera circolazione dei cittadini di un altro Stato membro della Comunità europea. Nelle conclusioni R. Abraham ricorda al giudice amministrativo che «la giurisprudenza del Lussemburgo, andando ben al di là della definizione del contenuto materiale dei diritti e delle libertà garantiti dai trattati, si preoccupa sempre di più di fissare le norme che devono presiedere al controllo giurisdizionale che permette di assicurare una protezione effettiva di tali diritti e libertà» [36]. Il Consiglio di Stato, nella sentenza che seguì tali conclusioni, prese atto del suggerimento espresso dal commissario del governo e, quindi, della giurisprudenza della Corte di giustizia, decidendo di esercitare un controllo più approfondito su un atto amministrativo che, rifiutando un titolo di soggiorno ad un cittadino europeo, limitava l'esercizio del diritto fondamentale della libera circolazione delle persone.

Quanto alla Corte di cassazione, essa ha avuto modo di confermare e rinforzare l'orientamento adottato per la prima volta nella celebre sentenza *Jaques Va-*

---

[33] *Conseil d'État*, *Ass.*, 5 marzo 1999, *Rouquette*, *Lebon*, 37.

[34] In tal senso si veda soprattutto Y. GALMOT, *L'apport des principes généraux du droit communautaire à la garantie des droits dans l'ordre juridique français*, in *Cahiers de droit européen*, 1997, 67-79.

[35] *Conseil d'État*, 24 ottobre 1990, *Alfredo Ragusi*, *Lebon*, 290. Vedila in *AJDA*, 1991, 322, concl. Abraham. Si veda, nello stesso senso, *Conseil d'État*, 19 novembre 1990, *Raso*, *AJDA*, 1991, 325, nota F. Julien-Laferrière.

[36] *Conseil d'État*, 24 ottobre 1990, *Alfredo Ragusi*, concl. Abraham, cit., 324.

bre riguardo all'efficacia giuridica del diritto comunitario in generale, ma anche e soprattutto riguardo al valore della giurisprudenza della Corte di giustizia nel campo della protezione dei diritti fondamentali [37]. Così, la Corte di cassazione ha affermato che il diritto interno non deve «rendere praticamente impossibile o estremamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario che le giurisdizioni nazionali hanno l'obbligo di salvaguardare» [38], e ha affermato altresì che la giurisprudenza della Corte di giustizia si impone ai giudici francesi, sotto il controllo della Corte di cassazione, in virtù della *primauté* del diritto comunitario che fa sì che i giudici debbano rendere inapplicabile il diritto interno contrario al diritto comunitario posteriore o anche anteriore [39]. Risulta poi chiaramente che, come afferma un ex consigliere della Corte di cassazione francese, questa Corte, oltre ai casi in cui è tenuta a conformarsi all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia in seguito ad una questione pregiudiziale da essa stessa sollevata, tiene conto, in generale, delle interpretazioni già date dalla Corte europea, anche se la questione è stata sollevata da altri giudici di altri Stati membri ed anche se la Corte di giustizia ha reso tale interpretazione nell'ambito di altre procedure [40].

Per quel che riguarda, infine, il giudice costituzionale, in seguito alla decisione *IVG*, egli non deve, normalmente, tener conto delle norme comunitarie e, a maggior ragione, della giurisprudenza della Corte di giustizia per interpretare i diritti fondamentali. Difatti, questo giudice si è sempre rifiutato di tener conto di quei motivi, allegati dai ricorrenti, che si fondavano sulla violazione di principi del diritto comunitario come il principio di legittimo affidamento [41]. Tuttavia, per alcuni autori, il Consiglio costituzionale, nell'individuare l'obiettivo a valore costituzionale di accessibilità e di prevedibilità della legge, sembra aver tenuto conto o, per lo meno, essersi ispirato a questo principio fondamentale del diritto comunitario [42]. Inoltre, nonostante la chiusura formale afferma-

---

[37] Sui rapporti tra la Corte di cassazione ed il diritto comunitario v. J.-P. ANCEL, *La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, in *L'internationalité dans les institutions et le droit*, Études offertes à Alain Plantey, Parigi, 1995, 59-75; G. LE TALLEC, *La Cour de cassation et le droit communautaire*, in *L'Europe et le droit*, Mélanges en l'hommage à Jean Boulouis, Parigi, 1991, 363-373.

[38] *Cour de cassation*, *ch. commerciale*, 7 novembre 1989, in *Bull. civ.*, IV, n. 278.

[39] Vedi, per esempio, *Cour de cassation*, *1ère ch. civile*, 27 gennaio 1993, in *Bull. civ.*, I, n. 34.

[40] G. LE TALLEC, *La Cour de cassation et le droit communautaire*, cit., 366.

[41] Vedi, per esempio, *Conseil constitutionnel*, n. 96-385 DC, 30 dicembre 1996, *Loi de finances pour 1997*, in *RJC*, I-691.

[42] In tal senso, B. MATHIEU, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle*, cit., 295.

ta sin dalla sentenza *IVG* nei confronti dell'interpretazione europea dei diritti fondamentali, il giudice costituzionale francese ha avuto modo di rendere omaggio alla giurisprudenza comunitaria relativa a questi diritti. Nella sentenza *Maastricht I* del 9 aprile 1992, infatti, il Consiglio costituzionale, dopo aver ricordato il ruolo fondamentale assunto dalla Corte di giustizia per la garanzia dei diritti fondamentali [43], ha messo l'accento sul legame che esiste tra la protezione comunitaria e la protezione nazionale dei diritti affermando, a proposito del Trattato di Maastricht, che «le stipulazioni del paragrafo 2 dell'art. F, coniugate con l'intervento delle giurisdizioni nazionali operanti nell'ambito delle loro rispettive competenze, sono in grado di garantire i diritti e le libertà dei cittadini» [44].

È interessante infine ricordare il solo caso in cui il *Conseil constitutionnel* ha integrato alcune disposizioni comunitarie tra le norme parametro del controllo di costituzionalità della legge, anche se, a ben vedere, anche in questo caso il controllo operato dal giudice costituzionale è stato un controllo di costituzionalità e non di convenzionalità dell'atto legislativo. Nell'esaminare la legge organica sul diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali dei cittadini comunitari residenti in Francia, il Consiglio costituzionale ha assunto come norme parametro, oltre ad alcune norme costituzionali, l'art. 8 B (ora art. 19) del Trattato delle Comunità Europee e la direttiva del 19 dicembre 1994 sul diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali dei cittadini dell'Unione residenti in uno Stato membro di cui non hanno la nazionalità [45]. Tuttavia, l'inclusione di queste disposizioni comunitarie tra le norme parametro del controllo di costituzionalità è rimasta limitata al caso specifico riguardante il diritto di voto e di eleggibilità dei cittadini comunitari ed era giustificata dal fatto che lo stesso art. 88-3 Cost. francese, che consacra, appunto, il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni municipali dei cittadini comunitari residenti in Francia, rinviava alle disposizioni comunitarie richiamate dal Consiglio costituzionale [46].

---

[43] Conseil constitutionnel, n. 92-308 DC, 9 aprile 1992, *Maastricht I*, in *RJC*, I-497, § 18.

[44] *Ibidem*, § 18.

[45] *Conseil constitutionnel*, n. 98-400 DC, 20 maggio 1998, *Droit de vote des ressortissants communautaires aux élections municipales*, in *RJC*, I-749.

[46] Si noti che è lo stesso Consiglio costituzionale a precisare, nella sentenza n. 98-400 DC, che «*risulta dalla stessa volontà del costituente* il fatto che spetti al *Conseil constitutionnel* di garantire che la legge organica prevista dall'articolo 88-3 della Costituzione rispetti sia il § 1 dell'art. 8 B del Trattato che la direttiva precitata […]» (§ 4, sottolineatura non nel testo). Tra gli autori che ritengono che questa sentenza non rappresenti un abbandono della giurisprudenza *IVG*, ma, appunto, «un'eccezione che conferma la regola» si veda soprattutto L. Favoreu-L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, cit., n. 23, 320; B. Genevois, *Le droit de vote des citoyens de l'Union européenne aux élections municipales: un contrôle à quadruple détente? A propos de la décision du Conseil constitutionnel* n. *98-400 DC du 20 mai 1998*, in *RFDA*, 1998, 671-688.

3. L'influenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Anche se la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali è stata ratificata dalla Francia soltanto nel 1974 e nonostante questo paese abbia accettato solo nel 1981 il ricorso individuale diretto, l'impatto della Convenzione sull'ordinamento giuridico transalpino e, in particolare, l'impatto della giurisprudenza della Corte europea sulla giurisprudenza dei giudici nazionali ha assunto un'importanza notevole, tanto da poter affermare, con l'avvocato generale presso la Corte di cassazione R. de Gouttes, che il diritto convenzionale ha «decisamente trasformato il paesaggio giudiziario francese» [47].

L'analisi delle interazioni che si sono venute a creare in questi anni tra il sistema convenzionale e quello nazionale dimostra infatti, in primo luogo, che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è sempre più frequentemente invocata davanti ai giudici comuni francesi: ciò conduce queste giurisdizioni a doverne tenere conto, applicando le disposizioni convenzionali nel corso dei processi concreti. In secondo luogo, i ricorsi individuali presentati dinanzi agli organi convenzionali e le sentenze della Corte europea che riguardano la Francia sono aumentati continuamente di anno in anno; infine, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, dapprima volutamente ignorata dai giudici francesi se non addirittura contrastata, si sta imponendo in maniera sempre più netta, costituendo un elemento da cui questi giudici sentono spesso di non poter prescindere o al fine di prevenire un eventuale conflitto con le istanze di Strasburgo o, più semplicemente, per integrare le soluzioni europee in maniera più diretta nell'ordinamento giuridico interno.

Naturalmente, le sentenze dei giudici nazionali che s'ispirano alla giurisprudenza della Corte europea non contengono sempre dei riferimenti espliciti. Anzi, tanto il Consiglio di Stato quanto la Corte di cassazione non esitano a ribadire la loro indipendenza nei confronti della giurisprudenza di Strasburgo e la loro facoltà di interpretare autonomamente le disposizioni della Convenzione. Così il Consiglio di Stato, sin dalla sentenza *G.I.S.T.I.* del 29 giugno 1990 [48], afferma che spetta ad esso interpretare in modo autonomo le clausole oscure di un trattato internazionale; mentre la Corte di cassazione dal 1994 considera in modo esplicito che «le sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo […] non hanno alcun'incidenza diretta in diritto interno sulle sentenze dei giudici nazionali» [49]. Inoltre, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo ha confermato que-

---

[47] R. de Gouttes, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge en France et aux Pays Bas*, in *RIDC*, 1-1999, 7.

[48] *Conseil d'État*, *Ass.*, 29 giugno 1990, *G.I.S.T.I.*, *Lebon*, 171, concl. R. Abraham.

[49] *Cour de cassation*, *ch. crim.*, 4 maggio 1994, *Saïdi*, in *Bull. crim.*, n. 166; *JCP*, 1994, II, 22349, nota P. Chambon.

st'orientamento, affermando, in un primo momento, che le proprie sentenze erano dotate soltanto di un'efficacia *inter partes*.

D'altronde, questo tipo di affermazioni da parte dei giudici francesi ed europeo si spiega con il fatto che non esiste una disposizione espressa nella Convenzione o nei Protocolli che conferisca alle sentenze della Corte europea un'efficacia *erga omnes* e che imponga quindi ai giudici nazionali di seguire l'interpretazione della disposizione fornita dalla Corte europea, traendone le stesse conseguenze riguardo agli atti interni sottoposti al loro controllo.

Tuttavia, nonostante l'assenza di una norma esplicita all'interno della Convenzione e malgrado le affermazioni provenienti dalle varie giurisdizioni, è dato di osservare da una parte, che la Corte europea stessa ha cambiato orientamento, affermando oramai che le proprie sentenze «servono non solo a risolvere i casi portati dinanzi ad essa, ma, più ampiamente a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e a contribuire quindi al rispetto, da parte degli Stati, degli impegni che questi hanno assunto in qualità di parti contraenti» [50]; dall'altra, che, in pratica, la portata dell'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo su quella dei giudici nazionali è non solo molto importante, ma per di più in continuo aumento [51].

Fra gli esempi di questa tendenza, quello relativo all'interpretazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione europea è particolarmente significativo. Per un lungo periodo è esistito infatti un conflitto di giurisprudenza tra il Consiglio di Stato e la Corte europea dei diritti dell'uomo a proposito della pubblicità delle udienze dinanzi alle giurisdizioni disciplinari. Contrariamente alla Corte europea che aveva interpretato l'art. 6 § 1 in maniera estensiva, ritenendo che esso imponesse la pubblicità delle udienze anche di fronte alle giurisdizioni disciplinari e professionali o ancora davanti a quelle previste in materia di presta-

---

[50] Sent. 18 gennaio 1978, *Irlanda* c. *Regno Unito*, Serie A, vol. 25, n. 158.

[51] Numerosi sono gli studi che concordano su questo punto. Si costata infatti che le giurisdizioni francesi «hanno una tendenza sempre maggiore, quando interpretano le disposizioni della Convenzione, a riferirsi alla giurisprudenza della Corte europea» e che questa giurisprudenza si è quindi trasformata nel tempo «in una vera e propria fonte del diritto allo stesso titolo della Convenzione stessa» (J.-P. MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, Parigi, 2001, 26 et 105). In tal senso v. pure R. ABRAHAM, *La France devant les juridictions européennes*, cit., 158-159; R. DE GOUTTES, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge en France et aux Pays Bas*, cit., *passim*. Si vedano inoltre le cronache giurisprudenziali realizzate da H. Labayle, F. Sudre, J. Andriantsimbazovina, L. Sermet nella *Revue française de droit administratif*; da J.-F. Flauss nella'*AJDA* e da J.-P. Marguénaud nella *Revue trimestrielle de droit civil*. Si vedano infine gli atti del convegno tenuto il 3 maggio 1999 in occasione del 25simo anniversario della ratifica da parte della Francia della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: *La France et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Europe*, ottobre 1999, n. 10 *bis*, Hors série.

zioni sociali [52], il Consiglio di Stato considerò per molto tempo che la necessità di un'udienza pubblica prevista dall'art. 6 § 1 non si estendesse a questo tipo di giurisdizioni [53]. Tuttavia, dalla sentenza *Maubleu* del 1996 [54], il giudice amministrativo, senza dubbio spinto dalla giurisprudenza europea, ha abbandonato la propria posizione conformandosi a quella della Corte europea ed ha imposto quindi la pubblicità delle udienze per la procedura dinanzi a tutte le giurisdizioni professionali, alle giurisdizioni sociali [55], alla Corte di disciplina budgetaria e finanziaria [56] o ancora di fronte alla Corte dei conti quando questa svolga funzioni contenziose [57].

Ancora, sempre a proposito dell'interpretazione dell'art. 6 § 1, il Consiglio di Stato, nel seguire la giurisprudenza della Corte europea, ha ammesso l'applicabilità alle procedure dinanzi a tutte le autorità amministrative francesi, indipendenti e non, delle garanzie previste da quest'articolo [58]. Inoltre, in seguito alla sentenza della Corte europea *Malige* del 23 settembre 1998, che dichiarava l'applicabilità dell'art. 6 alla procedura della patente a punti, il giudice amministrativo francese ha modificato la propria posizione iniziale accettando l'applicabilità della norma convenzionale per questo tipo di procedura [59].

La vicenda relativa al controllo delle leggi di validazione costituisce un altro esempio significativo dell'influenza della giurisprudenza europea su quella dei giudici nazionali francesi. Essa ha inoltre messo in evidenza e concretizzato un'ipotesi problematica a cui il sistema di controlli applicato in Francia può condurre. Vista infatti la divisione dei compiti che risulta dalle sentenze *IVG*, *Jaques Vabre* e *Nicolo*, si può verificare il caso in cui una legge, esaminata in un primo momento in maniera preventiva dal Consiglio costituzionale e dichiarata da questi conforme alle norme costituzionali, sia poi sottoposta ad un controllo di convenzionalità dinanzi ai giudici comuni: essi, interpretandola alla luce delle norme convenzionali, potrebbero dichiararla invece contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si potrebbe altresì verificare che la stessa Corte europea intervenga successivamente al Consiglio costituzionale e che censuri indirettamen-

---

[52] Sentenza *Lecompte, Van Leuven e De Meyre*, 23 giugno 1981.

[53] *Conseil d'État*, *Sect.*, 27 ottobre 1978, *Debout*, *Lebon*, 403.

[54] *Conseil d'État*, *Ass.*, 14 febbraio 1996, *Maubleu*, *Lebon*, 34. V. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *La fin d'une résistance du Conseil d'État de France à la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme: l'application de l'article 6, paragraphe 1 de la Convention des droits de l'homme aux juridictions disciplinaires*, in *RTDH*, 1998, 365-395.

[55] *Conseil d'État*, *Sect.*, 27 marzo 1998, *Département de Saône-et-Loire*, *Lebon*, 106.

[56] *Conseil d'État*, *Sect.*, 30 ottobre 1998, *Lorenzi*, *Lebon*, 374.

[57] *Conseil d'État*, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et Martin*, *Lebon*, 415.

[58] *Conseil d'État*, *Ass.*, 3 dicembre 1999, *Didier*, *Lebon*, 399: applicabilità dell'art. 6 § 1 alla procedura davanti al Consiglio dei mercati finanziari.

[59] *Conseil d'État*, *Avis*, 27 settembre 1999, *Rouxel*, *Lebon*, 280.

te questo giudice dichiarando la contrarietà alla Convenzione di una legge da questi preventivamente dichiarata conforme alla Costituzione. È appunto quest'ultimo caso che si è verificato a proposito del controllo delle validazioni legislative: l'evoluzione giurisprudenziale dei giudici nazionali che ne è seguita ha tradotto chiaramente la volontà di questi giudici di conformarsi alle esigenze europee per risolvere questo tipo di conflitti o addirittura prevenirli.

Attraverso la tecnica molto discussa delle validazioni legislative, il legislatore francese adotta una legge per convalidare un atto illegale o il suo contenuto o i suoi effetti, impedendo che si possano esercitare dei ricorsi giurisdizionali contro di esso. La legge di validazione convalida quindi l'atto illegale, privando di efficacia il suo annullamento già dichiarato dal giudice – tranne se la sentenza ha già acquistato forza di giudicato – o convalidandolo preventivamente, prima, cioè, che il giudice si sia potuto pronunciare sulla sua legalità [60].

Con una sentenza del 1994 il Consiglio costituzionale dichiarava conforme alla Costituzione una legge di validazione poiché essa rispondeva ai requisiti tradizionalmente richiesti per questo genere di legislazione [61] e, in particolare, perché perseguiva un interesse generale sufficiente [62]. La Corte di cassazione, adita qualche tempo dopo sul caso giudiziario che riguardava l'atto salvato dalla legge di validazione, si rifiutò di disapplicare questa legge, come le era stato richiesto da una delle parti, ritenendola conforme agli articoli 6 § 1 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Per lungo tempo, infatti, i giudici comuni e soprattutto il Consiglio di Stato ritennero che la questione di conformità alla Convenzione di una legge di validazione si ponesse negli stessi termini di quelli richiesti per il controllo della sua costituzionalità: tra i due tipi di controllo non vi era, secondo questa opinione, una sostanziale differenza [63]. Tuttavia, venendo a smentire quest'idea che aveva tradizionalmente animato i giudici francesi e che aveva forse permesso al giudice costituzionale di non mettere in discussione la propria giurisprudenza, forse troppo «lassista» [64] riguardo alle leggi di validazio-

---

[60] Su questa tecnica legislativa v. X. PRETOT, *Les validations législatives et le droit au procès équitable*, in *RDP*, 2001, 23. Le validazioni legislative sono state oggetto di molte critiche da parte della dottrina francese, soprattutto perché, come riassume J.-P. Camby, «esse privano di effetti una decisione giudiziaria […], privano i ricorrenti di un mezzo per ottenere un risarcimento e violano il principio della separazione dei poteri» (J.-P. CAMBY, *Validations législatives: des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses*, in *RDP*, 2000, 611).

[61] Il Consiglio costituzionale ha tradizionalmente subordinato la costituzionalità di questo tipo di leggi al rispetto di tre imperativi: il principio della separazione dei poteri, che vieta che siano rimesse in discussione delle sentenze definitive; il principio di non-retroattività delle sanzioni e delle pene e la necessità di perseguire un interesse generale sufficiente.

[62] *Conseil constitutionnel*, n. 93-332 DC, 13 gennaio 1994, *Validation de décisions de caisses de sécurité sociale*, in *RJC*, I-567.

[63] Conclusioni di L. Touvet alla sentenza del Consiglio di Stato, Ass., 5 dicembre 1997, in *RFDA*, 1998, 160, spec. 166.

[64] In tal senso, B. MATHIEU, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une*

ne, la Corte europea dei diritti dell'uomo, adita in seguito al rifiuto della Corte di cassazione di disapplicare la legge di validazione, dichiarò tale legge contraria all'art. 6 § 1 della Convenzione. Secondo la Corte europea, i motivi di interesse generale invocati dal legislatore francese non erano «imperiosi» [65] e non giustificavano quindi una limitazione ai diritti garantiti dall'art. 6 § 1. Con questa sentenza il giudice europeo censurava implicitamente la giurisprudenza del giudice costituzionale il quale, però, reagì subito dopo modificando la propria giurisprudenza tradizionale sulle leggi di validazione [66]. Oramai, il Consiglio costituzionale, che si è così adeguato alle esigenze dettate dalla Corte europea senza tuttavia riconoscerlo apertamente [67], esige che la validazione sia «rigorosamente definita» e che non possa avere l'effetto di impedire ogni controllo giurisdizionale. L'aggiunta di questa nuova condizione a quelle precedentemente richieste fa sì che la legge di validazione non svuoti completamente di contenuto il diritto di accesso al giudice, al di là, cioè, delle restrizioni necessarie per raggiungere l'obiettivo perseguito dalla legge stessa. Si segnala infine che recentemente, con una sentenza del 28 luglio 2000, anche il Consiglio di Stato si è conformato alla giurisprudenza europea sulle validazioni legislative, addirittura scartando l'applicazione di una legge di validazione dal processo in corso perché contraria all'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo [68].

La disciplina relativa agli stranieri extracomunitari e, in particolare, le norme che regolano le misure di espulsione o di respingimento alla frontiera hanno costituito ugualmente un terreno molto fertile per un'influenza importante della giurisprudenza della Corte europea su quella del Consiglio di Stato francese. In seguito a quest'influenza, infatti, il supremo giudice amministrativo ha abbandonato la propria giurisprudenza che rifiutava di applicare al controllo delle misure di espulsione e di respingimento alla frontiera l'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, relativo al rispetto della *privacy* e della vita familiare.

---

réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle, cit., 290.

[65] Sent. 28 ottobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez e al.* c. *Francia*, in *RFDA*, 2000, 299; v. B. MATHIEU, *Les validations législatives devant le juge de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle*, *ibidem*, 289-299.

[66] *Conseil constitutionnel*, n. 99-422 DC, 21 dicembre 1999, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*, in *Rec.*, 143.

[67] Si noti infatti che il Consiglio costituzionale, fedele alla propria giurisprudenza protezionistica in questo campo, esamina la validazione legislativa alla luce dell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, che consacra il diritto di accesso al giudice, anziché alla luce della Convenzione o della giurisprudenza della Corte europea.

[68] *Conseil d'État*, 28 luglio 2000, *M. Tête, Association du collectif pour la gratuité contre le racket*, in *AJDA*, 854 et 796-800, cronaca M. Guyomar e P. Collin. Si veda pure la cronaca giurisprudenziale sulla Corte europea dei diritti dell'uomo ed il diritto amministrativo di H. Labayle e F. Sudre in *RFDA*, 2001, 1262-1263.

Facendo eco alle sentenze della Corte europea *Berrehab* c. *Olanda* del 21 giugno 1988 e *Moustaquin* c. *Belgio* del 13 febbraio 1991, il Consiglio di Stato, con due importanti sentenze del 19 aprile 1991 [69], ha sottoposto le misure amministrative nei confronti degli stranieri ad un esame di proporzionalità. Il giudice ha infatti messo a raffronto la gravità delle minacce che gli stranieri facevano pesare sull'ordine pubblico e la gravità della violazione del loro diritto: qualora vi sia un evidente squilibrio, il Consiglio di Stato annullerà le misure adottate dall'amministrazione [70]. Allo stesso modo, è sotto l'impulso della Corte europea dei diritti dell'uomo [71] che il Consiglio di Stato ha affermato, nella sentenza *Kechemir* del dicembre 1997, che il combinato disposto degli art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 27-*bis* dell'ordinanza del 1945 relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno degli stranieri in Francia «fa da ostacolo alla possibilità di designare legalmente come paese di destinazione di uno straniero che sia stato oggetto di una misura di espulsione uno Stato in cui vi siano dei motivi seri e accertati di temere che l'interessato potrebbe essere esposto ad un rischio reale per la propria persona, sia a causa delle autorità di questo Stato sia a causa di persone o gruppi di persone non appartenenti alle autorità statali, ove le autorità dello Stato di destinazione non siano in grado di fronteggiare questo rischio con delle misure appropriate» [72].

Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo hanno ugualmente avuto un notevole impatto sulla giurisprudenza della Corte di cassazione per la protezione dei diritti fondamentali. Certo, il giudice di cassazione, alla stregua del giudice amministrativo, non ha esitato, su alcune questioni, ad entrare in conflitto con la Corte di Strasburgo opponendo una resistenza più o meno lunga, ma egli ha poi finito con il dirimere tali divergenze conformandosi più o meno esplicitamente alla giurisprudenza europea.

Il caso relativo all'ammissibilità di un ricorso in cassazione di un condannato contumace costituisce un esempio interessante di questi cambiamenti di giurisprudenza operati dalla Corte di cassazione. Dopo aver resistito per molto tempo [73] all'interpretazione fornita dalla Corte europea secondo la quale il ricorso in

---

[69] *Conseil d'État*, *Ass.*, 19 aprile 1991, *Belgacem* e *Mme Babas*, *Lebon*, 152, concl. R. Abraham.

[70] Per un ulteriore esempio di questa giurisprudenza, v. *Conseil d'État*, 25 luglio 1991, *Préfet de la Moselle* c. *Mlle Haddad*, *Lebon*, 675.

[71] Sent. 19 aprile 1997, *HLR* c. *Francia*, *Rec.*, 1997-III, 745.

[72] *Conseil d'État*, 1 dicembre 1997, *Kechemir*, *Lebon*, 457.

[73] L'orientamento della Corte di cassazione secondo il quale «il condannato che non ha obbedito ad un mandato di cattura disposto contro di lui non è in diritto di farsi rappresentare e di dare mandato per ricorrere in cassazione contro la decisione che lo condanna» risale al IXX secolo e si fonda sull'idea secondo la quale una tale persona si rende colpevole del cosiddetto «disprezzo verso la giustizia».

cassazione esercitato dall'avvocato di un condannato in fuga era ammissibile [74], la *Chambre criminelle* della Corte di cassazione si è finalmente conformata all'orientamento europeo cambiando la propria linea interpretativa [75]. È da notare però che la Corte di cassazione ha operato questo *revirement* giurisprudenziale evitando di riferirsi al diritto di accesso al giudice previsto dall'art. 6 § 1 della Convenzione europea, il che non toglie comunque che vi sia stata un'influenza evidente della giurisprudenza di Strasburgo.

L'influenza di questa giurisprudenza su quella del giudice di cassazione è stata ancora più evidente nelle sentenze *Renneman* del 10 gennaio 1984 [76] e *Collet* del 26 novembre 1996 [77]. Anzi, in queste due sentenze, relative a due casi tra l'altro molto simili fra loro, la Corte di cassazione si è riferita espressamente all'autorità delle sentenze della Corte di Strasburgo, fatto che merita di essere segnalato per la sua eccezionalità [78]. In queste due decisioni infatti, relative alla procedura disciplinare contro alcuni avvocati, la prima *Chambre civile* della Corte di cassazione si è riferita esplicitamente all'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo «quale risulta dall'interpretazione fornita dalla sentenza della Corte europea del 23 giugno 1981» [79].

La vicenda relativa alle intercettazioni telefoniche rappresenta un altro esempio particolarmente significativo dell'influenza esercitata dalla Corte europea sulla giurisprudenza nazionale. Con le sentenze *Kruslin* e *Huvig* del 24 maggio 1990, la Corte europea dei diritti dell'uomo condannava la disciplina francese sulle intercettazioni telefoniche perché insufficiente rispetto alle esigenze imposte per la garanzia del diritto alla *privacy* consacrato dall'art. 8 della Convenzione. La Corte europea rilevava infatti che anche se la giurisprudenza della Corte di cassazione poteva essere considerata come una base legale in diritto francese, tuttavia questa «legge» non era sufficientemente prevedibile né sufficientemente precisa, chiara e dettagliata per fornire quella certezza del diritto necessaria ai cittadini nei confronti delle intercettazioni telefoniche sempre più perfezionate. In seguito a questa condanna, la *Chambre criminelle* della Corte di cassazione ha cercato, con diverse sentenze, di completare essa stessa la disciplina francese sulle intercettazioni telefoniche nel senso richiesto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, apportando nuove precisazioni sulle condizioni ed i limiti in cui que-

---

[74] Si vedano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Poitrimol* c. *Francia* del 23 novembre 1993, *Guérin* c. *Francia* e *Omar* c. *Francia* del 29 giugno 1998.

[75] *Cour de cassation*, *ch. crim.*, 30 giugno 1999, *Rebboah*, in *Bull. crim.*, n. 167.

[76] *Cour de cassation*, *1ère ch. civile*, 10 gennaio 1984, *Renneman*, in *Bull. civ.*, I, n. 8.

[77] *Cour de cassation*, *1ère ch. civile*, 26 novembre 1996, *Collet*.

[78] In tal senso J.-P. MARGUÉNAUD, *CEDH et droit privé. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit privé français*, cit., 119-120.

[79] La Corte di cassazione si riferisce senza dubbio alla sentenza della Corte europea *Le Compte, Van Leuven e De Meyer* c. *Belgio* del 23 giugno 1981.

ste intercettazioni possono intervenire. Infine, il legislatore è intervenuto con una legge del 10 luglio 1991 che, tra l'altro, riprende in parte le soluzioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di cassazione [80].

Ma la vicenda che forse più di tutte ha messo in evidenza la volontà della Corte di cassazione di tenere conto implicitamente degli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di conformare il diritto francese, e innanzitutto la propria giurisprudenza, alle esigenze della Convenzione è quella relativa al diritto al cambiamento di stato civile dei transessuali. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla questione del transessualismo, aveva infatti negato in un primo tempo ogni possibilità per i transessuali di rettificare il loro stato civile relativamente al sesso maschile o femminile e di cambiare il loro nome [81]. Tale rifiuto condusse ad una condanna della Francia da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. Con una sentenza del 25 marzo 1992 questa Corte considerò che viste le particolarità del sistema giuridico francese (necessità di una sentenza per modificare il proprio stato civile, indicazione del sesso in molti documenti amministrativi), la ricorrente «si trovava quotidianamente in una situazione globalmente incompatibile con il rispetto dovuto alla sua *privacy*» protetta dall'art. 8 della Convenzione [82]. In considerazione di questa sentenza, l'*Assemblée Plenière* della Corte di cassazione decise pochi mesi dopo, con due sentenze dell'11 dicembre 1992, di cambiare totalmente la propria giurisprudenza anteriore. Essa considera oramai che, nel caso di una sindrome di transessualismo accertata (comportamento sociale da persona dell'altro sesso, trattamento medico a scopo terapeutico che modifica il sesso d'origine), il rispetto della *privacy* giustifichi che lo stato civile indichi il sesso di cui tale persona abbia le sembianze [83].

Questi esempi particolarmente significativi dimostrano chiaramente che l'autorità della giurisprudenza di Strasburgo è oramai riconosciuta ampiamente dai giudici comuni francesi, ordinari e amministrativi, per la protezione dei diritti fondamentali. Questi giudici infatti, per seguire le interpretazioni date dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, giungono talvolta a riconsiderare degli orientamenti adottati soltanto poco tempo prima (è il caso relativo allo stato civile del transessuale) o ad abbandonare una giurisprudenza ben consolidata (tale è stato il caso della vicenda giudiziaria relativa al ricorso in cassazione del condannato contumace o il caso giudicato dal Consiglio di Stato relativo all'applicabilità dell'art. 6 § 1 alle procedure disciplinari).

È invece più complesso trovare degli esempi che dimostrino l'influenza della

---

[80] È da notare tuttavia che, da allora, pur avendo legiferato in materia, la Francia è stata condannata per ben due volte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo: sentenze *A…* c. *France* del 23 novembre 1993 e *Lambert* c. *France* del 24 agosto 1998.

[81] *Cour de cassation*, *1ère ch. civile*, 21 maggio 1990, in *Bull. civ.*, I, n. 117.

[82] Sent. 25 marzo 1992, *B.* c. *Francia*.

[83] *Cour de cassation*, *Ass. Plén.*, 11 dicembre 1992, in *Bull. ass. plén.*, n. 13.

giurisprudenza di Strasburgo sul giudice costituzionale francese, poiché questo giudice si rifiuta normalmente di considerare le norme convenzionali come parametro del controllo di costituzionalità delle leggi. Tuttavia, anche in questo caso, andando oltre le affermazioni di principio ed esaminando più da vicino la giurisprudenza, si possono riscontrare alcune convergenze tra le soluzioni adottate da questo giudice e quelle emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Se si escludono dall'analisi le sentenze in cui il Consiglio costituzionale sembra ispirarsi ai metodi ed alle tecniche di giudizio utilizzate dalla Corte europea per la protezione dei diritti fondamentali, e tendenti globalmente a garantire al massimo l'effettività di tale protezione [84], sono comunque numerosi i casi in cui questo giudice sembra tener conto di alcune soluzioni di merito rese anteriormente dal giudice europeo.

Il riconoscimento, da parte del Consiglio costituzionale, dell'obiettivo a valore costituzionale del «pluralismo come condizione della democrazia» nell'ambito della libertà d'espressione [85] rivela la conoscenza da parte di questo giudice delle sentenze della Corte europea *Handyside*, *Sunday Times* e *Ligens*, nelle quali la Corte precisa che «la libertà d'espressione costituisce uno dei fondamenti essenziali di una società democratica» [86].

L'ampliamento dell'ambito di applicazione dei principi penali e della procedura penale realizzata dal Consiglio costituzionale con il ritenere che tali principi si applichino a tutti quei casi in cui vi sia un potere sanzionatorio [87] ha sicuramente un rapporto con le sentenze *Luedicke* e *Oztürk* [88] della Corte europea dei diritti dell'uomo. Allo stesso modo, nell'affermare che i principi relativi al diritto di difesa implicano in materia penale «l'esistenza di un processo giusto ed imparziale che garantisca l'equilibrio delle parti» [89], il *Conseil constitutionnel* sembra essersi ispirato alle sentenze *Delcourt* e *Golder* in cui la Corte ha considerato che «un processo non sarebbe imparziale se si svolgesse in condizioni tali da porre una delle parti in una posizione di svantaggio rispetto all'altra» [90]. Infine, come sottolinea B. Genevois, nella sentenza relativa alla Corte penale internazionale

---

[84] In tal senso v. R. BADINTER-B. GENEVOIS, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?*, in *Relazione della Delegazione francese alla IX Conferenza delle Corti costituzionali*, Parigi, 1994, 342.

[85] *Conseil constitutionnel*, n. 86-217 DC, 18 settembre 1986, *Liberté de communication*, in *RJC*, I-283; n. 89-271 DC, 11 gennaio 1990, *Amnistie des parlementaires*, in *RJC*, I-397.

[86] Sentenze *Handyside*, 7 dicembre 1976, *Sunday Times*, 26 aprile 1979 e *Ligens*, 8 luglio 1986.

[87] *Conseil constitutionnel*, n. 82-155 DC, 30 dicembre 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982*, in *RJC*, I-149; n. 87-237 DC, 30 dicembre 1987, *Loi de finances pour 1988*, in *RJC*, I-324.

[88] Sentenze *Luedicke*, 28 novembre 1978 e *Oztürk*, 21 febbraio 1984.

[89] *Conseil constitutionnel*, 89-260 DC, 28 luglio 1989, *COB*, in *RJC*, I-365.

[90] Sentenze *Delcourt*, 17 gennaio 1970 e *Golder*, 21 febbraio 1975.

del 22 gennaio 1999 [91] il giudice costituzionale francese sembra arricchire in maniera generale la propria giurisprudenza in materia penale «tramite delle interpretazioni ispirate alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo» [92].

4. Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza dei giudici nazionali francesi, comuni e costituzionale, rivela chiaramente che queste giurisdizioni non sono affatto indifferenti alla giurisprudenza proveniente dalle Corti europee di Strasburgo e del Lussemburgo per la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali. Anzi, è dato di rilevare che queste due Corti, create dai Trattati al fine di contribuire alla protezione delle norme da questi stabilite, esercitano un'influenza sempre maggiore sul sistema giuridico nazionale e, in particolare, sugli orientamenti delle giurisdizioni comuni, ordinaria e amministrativa. Il Consiglio costituzionale resta invece, per adesso, il giudice meno incline a riconoscere apertamente l'autorità interpretativa delle sentenze delle Corti europee per quel che riguarda la tutela dei diritti fondamentali e mantiene quindi un atteggiamento piuttosto prudente nei confronti delle incursioni del diritto europeo nel sistema francese. Gli esempi giurisprudenziali dimostrano tuttavia che tale prudenza non significa ostilità né tanto meno indifferenza da parte di questo giudice nei riguardi delle due Corti europee.

Si può dunque costatare, in linea generale, che il confronto delle giurisprudenze nazionali ed europee, realizzato con regolarità dai giudici francesi e la volontà di questi ultimi di conformarsi alle interpretazioni fornite dai giudici europei permettono di adattare il diritto interno alle esigenze europee in materia di diritti e libertà fondamentali [93]. Tale scambio non può che essere proficuo per la

---

[91] *Conseil constitutionnel*, n. 99-408 DC, 22 gennaio 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, in *RJC*, I-798.

[92] B. Genevois, *Le Conseil constitutionnel et le droit pénal international. À propos de la décision* n. *98-408 DC du 22 janv. 1999*, in *RFDA*, 1999, 307.

[93] È da rilevare a questo proposito che il legislatore francese è intervenuto per favorire ulteriormente questo scambio e quest'integrazione del diritto europeo con il sistema giuridico nazionale. Con alcune disposizioni introdotte dalla legge sulla presunzione d'innocenza del 15 luglio 2000, egli ha oramai aperto la strada alla possibilità di riesaminare le sentenze divenute definitive, al fine di tener conto di una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I nuovi articoli 626-1 ss. del Codice di procedura penale permettono infatti alla persona condannata penalmente in virtù di una sentenza passata in giudicato di chiedere ad una commissione giurisdizionale presso la Corte di cassazione il riesame della condanna e, quindi, la riapertura del caso con un nuovo processo, in seguito ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia costatato che la sentenza di condanna in causa è contraria alla Con-

coerenza e la stabilità del sistema giuridico nazionale e, quindi, per la tutela di tali diritti e libertà. Tuttavia, l'integrazione non deve condurre ad un annullamento dell'autonomia del diritto nazionale e, in particolare, per quel che qui interessa, ad una diminuzione dell'importanza del diritto e della giurisprudenza costituzionale in materia di protezione dei diritti fondamentali. È soltanto con il rispetto di quest'autonomia e con il riconoscimento di quest'importanza che la coesistenza tra i due sistemi giuridici, nazionale ed europeo, potrà restare armoniosa e la Francia potrà rimanere uno dei paesi in cui i diritti e le libertà fondamentali sono meglio garantiti.

---

venzione europea dei diritti dell'uomo. Con questa riforma, che avrà sicuramente degli sviluppi notevoli, la Francia si trova così all'avanguardia rispetto alla maggior parte degli altri Stati membri del Consiglio d'Europa, poiché solo alcuni fra questi Stati hanno adottato una legislazione simile.

UNA (SOLA) CORTE PER L'EUROPA [*]

ANTONINO SPADARO

SOMMARIO: 1. Il triangolo «maledetto» (Corte di Strasburgo, Corte del Lussemburgo e Corti costituzionali nazionali), ovvero la a-sistematicità di ordinamenti e forme di garanzia diversi. – 2. Necessità di andare oltre i rigidi «modelli» attuali. – 3. Otto fattori che consentono un'interpretazione ricostruttiva e razionalizzatrice. – 4. L'*allargamento* dell'Unione Europea e il naturale *assorbimento* delle funzioni della Corte di Strasburgo da parte della Corte di giustizia delle Comunità: un'unica *Corte europea dei diritti* per una sola *Carta europea dei diritti*. – 5. Un'alternativa pericolosa: la Corte di giustizia come organo pre-giudiziale della Corte di Strasburgo. – 6. Il processo costituente europeo: dopo le previsioni, un auspicio e una constatazione.

1. IL TRIANGOLO «MALEDETTO» (CORTE DI STRASBURGO, CORTE DEL LUSSEMBURGO E CORTI COSTITUZIONALI NAZIONALI), OVVERO LA A-SISTEMATICITÀ DI ORDINAMENTI E FORME DI GARANZIA DIVERSI

Ogni tentativo tradizionale di determinare, per via ermeneutica, una qualche razionalizzazione degli attuali rapporti fra le diverse Corti d'Europa appare, anche solo dopo poche indagini, se non impossibile, praticamente velleitario. È comprensibile che gli studiosi – alle prese con quel che non a torto è stato definito il «triangolo delle Bermuda», costituito dalla Corte europea per i diritti dell'uomo (Strasburgo), dalla Corte di giustizia della Comunità (Lussemburgo) e dalle Corti costituzionali nazionali – cerchino invano un porto sicuro, un ordine accettabile, e finiscano col naufragare su una serie di scogli inevitabili. Essi sono:

– per un verso *a*) la diversità dei campi di competenza, materiale e territoriale, fra le ricordate Corti, che – individuando fonti e ordinamenti diversi [nazionali, comunitario e della Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo (CEDU)] –

[*] Comunicazione al convegno annuale del «Gruppo di Pisa» [Copanello (CZ) 31 maggio-1 giugno 2002].

parrebbero configurarsi come apparentemente del tutto separati, alla stregua di vere e proprie isole;

– per un altro verso, all'opposto, *b*) la pleonasticità-ripetitività delle garanzie apportate ai diversi livelli e nei diversi contesti, almeno rispetto a una serie di diritti la cui tutela paradossalmente finisce col risultare ridondante;

– per un altro verso ancora, infine, *c*) l'insufficienza – talora addirittura la mancanza – di procedure di cooperazione/concertazione fra le Corti indicate, che rischia di trasformare il rapporto fra Corti costituzionali nazionali, Corte del Lussemburgo e Corte di Strasburgo in un dialogo tra sordi (o, prima o poi, in una semplice subordinazione delle prime alle altre due, le quali, a loro volta, si contendono sotterraneamente il primato europeo).

Soprattutto dopo la Carta di Nizza alcuni, fra cui lo scrivente, hanno cercato di aggirare il secondo scoglio (*b*) immaginando una sorta di alternatività delle garanzie apprestate, sotto forma di *tutela sussidiaria* dell'una in carenza dell'altra, o dell'altra ancora, sempre a beneficio del trattamento «più favorevole» al cittadino: nazionale, comunitario ed europeo *tout court*. Naturalmente, non sarò proprio io a stigmatizzare la soluzione poc'anzi ricordata definendola una sorta di «arrampicata sugli specchi», ma non ho alcuna difficoltà a riconoscere in essa – più che la descrizione di un sistema chiaro e definito – soltanto la speranza, suffragata da una certa disinvoltura ermeneutica, di una possibile (ma non certa) ricostruzione dei rapporti fra le Corti europee, ricostruzione fondata sulla base di una sorta di applicazione *automatica* del principio di sussidiarietà che, in questo caso, è ancora tutta da vedere.

La verità è che, almeno al momento, non esiste un *sistema* armonico, ma solo un quadro *a-sistematico*, dei rapporti fra le Corti del Vecchio Continente, dovuto alla stratificazione nel tempo dei diversi ordinamenti, quadro di cui è bene prendere atto, senza troppo discutere.

2. Necessità di andare oltre i rigidi «modelli» attuali

Se quanto ora ricordato è vero, probabilmente non è per via ordinaria – ossia limitandosi piattamente a descrivere la natura formale delle attuali competenze degli organi considerati – che è possibile una efficace sistematizzazione del quadro giuridico vigente. Bisogna, allora, cercare di capire che il quadro cui si accennava è in rapida evoluzione e che esistono chiare «linee di tendenza» verso cui esso sembra dirigersi.

Per altro è vero, come insegna Max Weber, che gli scienziati sociali – e i giuristi sono fra questi – non sono profeti, sicché non ci è dato di sapere cosa succederà. Ma non tenere nel giusto conto il fatto che il Vecchio Continente sta vivendo una fase a dir poco storica di transizione costituzionale, visto che è in atto uno straordinario processo costituente europeo (dentro il quale si colloca la lunghissima transizione costituzionale italiana), sarebbe ingenuo e

sciocco [1]. Gli effetti che il ricordato processo costituente europeo, quale che ne sia l'esito, determina – e soprattutto determinerà – sui rapporti fra le Corti d'Europa sono intuibili e rilevanti: dunque anche di essi si deve cercare di prendere atto.

In particolare – a mio avviso – sarebbe pericolosamente miope restare ingabbiati nel quadro dei rigidi modelli (o «modellini») attuali, i quali di per sé indurrebbero a una chiave di lettura pregiudizialmente immobilista e pessimistica.

3. Otto fattori che consentono un'interpretazione ricostruttiva e razionalizzatrice

Tento dunque un'interpretazione *in bonam* – e non *in malam – partem* dei rapporti fra le Corti, anche alla luce di quel che, piaccia o no, sta accadendo e, presumibilmente, presto accadrà. Aderendo alla ricordata prospettiva … *in fieri*, è possibile immaginare una razionalizzazione/sistematizzazione, in pratica sotto forma di semplificazione dei meccanismi di tutela, se si tiene conto di una serie di fattori, fra loro combinati o combinabili. Vediamoli:

a) già ora, l'art. 52, ultimo comma, della Carta di Nizza sancisce che, nel caso di diritti fondamentali da essa riconosciuti «corrispondenti» a quelli garantiti dalla CEDU, «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione». Tale disposizione tende proprio ad escludere un conflitto con la Corte di Strasburgo, la cui *tutela minima* è recepita automaticamente.

b) a ben vedere la Carta di Nizza dice di più: «Nulla osta al diritto dell'Unione di concedere una protezione più estesa» rispetto a quella garantita ai diritti della CEDU (art. 52, ultimo comma). In tal modo, con grande lungimiranza, l'Unione si riserva una sorta di competenza *in melius*, o espansiva, che la mette, per così dire, *a priori* all'avanguardia nella materia dei diritti fondamentali.

c) nella stessa direzione si pone l'art. 53 della medesima Carta, quando sancisce che nessuna delle sue disposizioni «deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti» in tutti i documenti internazionali (CE/UE e CEDU compresa) e persino nelle «costituzioni degli Stati membri».

d) in particolare, il rinvio alle «costituzioni degli Stati membri», testé ricorda-

---

[1] Sia consentito, fra gli altri, segnalare in merito il mio *La "transizione" costituzionale: ambiguità e polivalenza di un'importante nozione di teoria generale*, in AA.VV., *Le «trasformazioni» costituzionali nell'età della transizione. Incontro di studio, Catanzaro 19 febbraio 1999*, II volume della collana del Dipartimento di Scienze e Storia del diritto, a cura di A. Spadaro, Torino, 2000, 17 ss.

to, ha una pregnanza giuridico-assiologica ancor più forte ove si osservi che la dottrina dei contro-limiti – elaborata soprattutto dalla giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca (in materia di diritti inviolabili e princìpi fondamentali) quale ultimo residuo di sovranità per gli Stati membri – perde di mordente, fin quasi a delegittimarsi, non solo di fronte al rinvio operato dalla stessa Carta di Nizza, proprio in materia di diritti fondamentali, alle «tradizioni costituzionali e agli obblighi internazionali comuni agli Stati membri» (Preambolo, V c.), ma anche all'esplicito riconoscimento, sempre delle c.d. «tradizioni costituzionali comuni», incisivamente fatto nella sede formale dei Trattati dell'Unione (si pensi agli artt. 6 – *ex* art. F – e 288 – *ex* art. 215 – T.U.E.).

Cosa si può – e, a mio parere, si deve – arguire dall'insieme di queste disposizioni? Che la tutela garantita dall'Unione Europea, e dunque dalla Corte del Lussemburgo, ai diritti fondamentali certamente: 1) non è, né può essere, inferiore a quella configurata nelle Costituzioni degli Stati membri, le cui tradizioni costituzionali – custodite attraverso le rispettive Corti costituzionali – non sono, o non dovrebbero essere, in discussione; 2) parimenti non è, né può essere, inferiore a quella fornita dalla CEDU, e dunque dalla Corte di Strasburgo, alla cui interpretazione *come minimo* si rifà l'Unione. Semmai quest'ultima, come ricordavo, si riserva «di concedere una protezione più estesa» rispetto a quella garantita ai diritti della CEDU (art. 52, ultimo comma), con ciò attribuendosi una specie di copertura assoluta *favore libertatis*, una vera e propria «competenza delle competenze» in materia di diritti fondamentali.

Ai fattori prima ricordati se ne possono aggiungere altri quattro, sempre a favore della Carta di Nizza e della Corte del Lussemburgo:

e) com'è noto, i Paesi aderenti alla CEDU hanno la possibilità di «derogare» alla stessa Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (per es., art. 15: in caso di guerra o di pericolo pubblico), per la singolare e non del tutto omogenea dottrina, elaborata dalla Corte di Strasburgo, del c.d. «margine di apprezzamento», ciò che – con ogni evidenza – presenta il rischio di ridurre o attenuare, almeno in qualche caso, il vincolo generale (per sempre e per tutti) della CEDU, a detrimento del principio di universalità dei diritti [2].

f) per converso, alcuna dottrina del margine di apprezzamento è, al momento, immaginabile per la Corte del Lussemburgo in relazione alla Carta di Nizza, la quale – ad eccezione dei diritti indicati negli artt. 15, comma 2, e 39-46 – ha ben presente il principio dell'universalità dei diritti stessi (sotto la triplice forma dell'intergenerazionalità, indivisibilità e responsabilità). Non a caso può essere definita una vera e propria «carta europea dei diritti», piuttosto che una semplice «carta dei diritti europei». Ad ogni modo, le eventuali *differenziazioni* in ma-

[2] Sulla c.d. «dottrina del margine di apprezzamento» v., fra gli altri, spec. F. DONATI, *La dottrina del margine di apprezzamento nella Corte europea dei diritti dell'uomo*, relazione al presente convegno.

teria di libertà operabili a livello comunitario fra gli Stati membri sono, alla luce delle disposizioni della Carta, sempre *favore libertatis* e, dunque, soltanto *in melius* e non certo *in peius* [3].

g) sempre la Carta di Nizza, pur imperfetta, non si limita soltanto a ribadire l'esistenza di diritti fondamentali già enunciati in altri documenti, ma ne prevede e tutela di nuovi (per esempio, in materia di bioetica, di protezione dei dati personali, di ambiente, dei bambini, degli anziani, ecc.), rivelandosi ben più moderna, aggiornata e garantista (si rammenti ancora la clausola espansiva della eventuale «protezione più estesa») della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

h) la *giuridicità* della Carta di Nizza non è tanto di tipo internazionale, quanto costituzionale (nella veste di atto pre-costituente dell'Unione), e comunque essa viene recepita – sull'incisivo piano dell'integrazione ermeneutica – non solo dalla Corte del Lussemburgo, che ovviamente ne ha fatto ampio uso (soprattutto attraverso il Tribunale di I grado), ma gradualmente anche dalle Corti costituzionali nazionali (si vedano il caso delle sentenze del *Tribunal constitucional* spagnolo e, più di recente, della Corte costituzionale italiana: cfr. sent.ze nn. 135/2002 e 445/2002) [4].

Dall'insieme degli otto fattori ricordati (quattro più quattro) discendono così rilevanti effetti sulla «ricostruzione» dei rapporti fra le Corti europee da potersene prevedere, come subito si preciserà meglio, una scontata, o quasi, semplificazione.

---

[3] Accenno appena qui al fatto che, anche nel peculiare ambito comunitario, forse sia possibile concepire/prevedere l'esistenza di un qualche *margine di apprezzamento nazionale*, ma in forma del tutto eccezionale: comunque si dovrebbe trattare di una congerie ridottissima di casi espressamente indicati e «proceduralizzati» dalla Convenzione. Tuttavia, tale concetto, ove recepito, andrà usato *cum grano salis*, *id est*: restrittivamente. Infatti, in materia di diritti fondamentali comunitari – in cui opera la Corte del Lussemburgo sulla base della Carta di Nizza – dovrà sempre valere, se invocato, il principio del miglior trattamento, o del trattamento più favorevole, quale che esso sia. In breve: a parer mio, uno Stato-membro potrà «derogare» al sistema dei diritti fondamentali comunitari solo laddove le garanzie apprestate dal proprio ordinamento risultino effettivamente più estese, e dunque maggiori. Del resto, in un sistema «costituzionale» comunitario, non avrebbe senso – almeno per i diritti fondamentali classici – un trattamento nazionale differenziato, se non sotto forma di prevalenza del principio *favore libertatis*. Sulla necessità di tale prevalenza v. spec. G. SILVESTRI, *Relazione conclusiva* al presente convegno.

[4] Sulla giuridicità, costituzionale e non meramente internazionale, della Carta di Nizza sia consentito rinviare ai miei: *La Carta europea dei diritti tra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione,* in AA.VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, Genova, 2002, 28 ss. e in *Dir. pubbl. comp. ed europ.*, II/2001, 621 ss.; nonché *Sulla «giuridicità» della Carta europea dei diritti: c'è, ma (per molti) non si vede*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, a cura di G.F. FERRARI, Milano, 2001, 257 ss.; ma v. pure, ora, *Verso la costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in AA.VV., *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, a cura di A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI, Milano, 2003, 115 ss.

4. L'*ALLARGAMENTO* DELL'UNIONE EUROPEA E IL NATURALE *ASSORBIMENTO* DELLE FUNZIONI DELLA CORTE DI STRASBURGO DA PARTE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ: UN'UNICA *CORTE EUROPEA DEI DIRITTI* PER UNA SOLA *CARTA EUROPEA DEI DIRITTI*

Infatti, se quanto prima ricordato è vero, allora si può a ragione «prevedere» un graduale, ma naturale e inevitabile, processo di *assorbimento* delle competenze della Corte di Strasburgo da parte della Corte del Lussemburgo.

Naturalmente, al momento, non siamo in grado di dire con sicurezza se e quando ciò avverrà (visto che, weberianamente, i giuristi non sono profeti…). Ma tutti gli elementi prima riportati vanno chiaramente in questa direzione, che appare altamente probabile, soprattutto di fronte a un ulteriore argomento, che non a caso rammento per ultimo: l'estensione territoriale della Comunità/Unione Europea.

Sembra evidente che l'allargamento della Comunità da 6 a 15 e, ora, dell'Unione da 15 a 25, e presto a 30 e più membri, renda progressivamente superflue le competenze della Corte di Strasburgo (per ora, relative a 41 Stati). Il processo di estensione territoriale dell'Unione – che sembra inarrestabile per l'irresistibile attrazione che essa esercita praticamente su «tutti» gli Stati d'Europa (che ancora non ne fanno parte) – determina una graduale, progressiva *deminutio* dei Paesi interessati alla «generale» tutela ad opera della CEDU (e della relativa Corte), di fronte alla «speciale» tutela dell'UE (e della relativa Corte). A ben vedere, com'è noto, non solo Stati strettamente europei, ma persino alcuni Paesi euro-asiatici ed euro-africani hanno fatto richiesta di adesione all'Unione!

In ogni caso, si potrebbe dire che il fenomeno della *deminutio/svuotamento* di competenza della Corte di Strasburgo è inversamente proporzionale a quello delle adesioni di nuovi Paesi all'Unione Europea, sotto l'«ombrello» del cui ordinamento essi trovano non solo sicurezza e stabilità economico-monetarie, ma anche – da ultimo grazie alla Carta di Nizza – adeguata tutela sovra-nazionale dei diritti fondamentali (e quindi anche sicurezza e stabilità politico-costituzionali). Oggi più ancora di ieri, la distinzione fra «grande Europa» (con copertura CEDU e competenza della Corte di Strasburgo) e «piccola Europa» (con copertura dei trattati CE/UE e competenza della Corte del Lussemburgo) tende inesorabilmente a saltare. In virtù di una semplice estensione territoriale (e quindi anche ordinamentale) la seconda «sta diventando» la prima – per sovrapposizione territoriale/funzionale – sicché, di riflesso, le più ampie e penetranti competenze dell'una in materia di diritti fondamentali tendono *naturalmente* ad «assorbire» quelle dell'altra[5].

---

[5] Sulla problematica del passaggio dalla «piccola» Europa alla «grande» Europa, v. – per tutti – AA.VV., *Dall'Europa dei Quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, Ricerca della Fondazione Istituto Gramsci (nell'ambito della collana *Verso la Costituzione europea* della Fondazione Cariplo), a cura di S. GUERRIERI-A. MANZELLA-F. SDOGATI, Bologna, 2001.

Si potrebbe immaginare che la Corte di Strasburgo possa *comunque* giocare ancora un ruolo soltanto ove essa offrisse garanzie maggiori di quelle offerte dalla Corte del Lussemburgo – sulla base, per esempio, di un documento di fondazione più aggiornato – ma così non è, visto che la Carta di Nizza in merito sovraavanza, e non poco, la CEDU (quanto meno nel numero e nell'ampiezza dei diritti garantiti, se non ancora nelle procedure di tutela degli stessi).

Tutti i segnali e gli indici di valutazione sembrano indicare, dunque, che stiamo andando verso un'unica *Corte europea dei diritti* per una sola *Carta europea dei diritti*, semplicemente perché gradualmente e progressivamente si sta realizzando, pur in modo del tutto peculiare, il processo di *unificazione* politico-giuridica dell'Europa stessa, che non potrà non tradursi – dopo il lavoro della Convenzione – in una profonda trasformazione *costituzionale* del Vecchio Continente (in cui la Carta di Nizza, si spera migliorata, auspicabilmente verrà considerata la Parte I o il *Bill of Rights* della Costituzione d'Europa).

Insomma, non avrebbe senso, in tale contesto, la co-esistenza di ben due Corti europee (inter- o sovra-?) nazionali con analoghe funzioni. E se – come sembra inevitabile – una delle due deve cedere il passo all'altra, nella realistica prospettiva dell'allargamento dell'Unione, sarà quella che ha minor capacità di tutela. O, se si preferisce: resterà quella che ha, *sullo stesso territorio*, la competenza generale a espandere la protezione dei diritti fondamentali.

Si comprenderà che il problema accennato (e la naturale soluzione prefigurata) non attiene a una questione meramente nominalistica: si parli di nuovi Trattati o di una vera e propria Costituzione, comunque ci troveremo presto di fronte al nuovo «assetto costituzionale» dell'Unione Europea. Non è quindi sul nome del nuovo ordinamento, pur importante, che si deve – a mio parere – soffermare troppo l'attenzione, ma sulla sostanza giuridico-politica della riforma in atto che, con ogni probabilità, darà vita a un sistema costituzionale *a geometria variabile* (ora federale, per alcuni Stati membri, ora confederale per altri), in un quadro del tutto innovativo di c.d. *costituzionalismo multilivello*.

Ad ogni modo, quali che siano il ruolo e la funzione affidati dalla Convenzione alla Corte di giustizia del Lussemburgo – analoghi, o meno, a quelli riconosciuti a una neo-Corte costituzionale, sia pure sovra-nazionale – in ogni caso essa svolgerà di fatto le funzioni di organo di chiusura dell'ordinamento comunitario e nessuno – salvo ovviamente un ipotetico Stato *europeo* «esterno» all'Unione (ma, fra qualche anno, ce ne saranno ancora? E per quanto?) – avrà interesse a rivolgersi a un'«altra» Corte (quella di Strasburgo), la cui tutela appare fin d'ora meno estesa, in ampiezza e profondità.

In particolare, quali che siano il ruolo e la funzione affidati dalla Convenzione alla Corte di giustizia, comunque la Corte di Strasburgo sembra destinata a un progressivo, inesorabile declino: pur continuando ad esistere formalmente sul piano internazionale, essa potrebbe cessare di avere un ruolo giuridicamente significativo per graduale diminuzione (fino alla totale mancanza) di ricorsi, per inerzia, per desuetudine (e parallela, progressiva e inversamente proporzionale, espansione delle funzioni della Corte del Lussemburgo).

Insomma, dopo un lungo e onorato servizio, i giudici di Strasburgo potrebbero andare silenziosamente e definitivamente in pensione.

Ogni altra soluzione, sempre possibile, mi sembra comporti il rischio di rendere ridondante e pleonastico il sistema di tutela sovra-nazionale dei diritti fondamentali in Europa, con procedure inevitabilmente macchinose e forme di coordinamento fra Corti strutturalmente complicate.

5. Un'alternativa pericolosa: la Corte di Giustizia come organo pregiudiziale della Corte di Strasburgo

Nel momento in cui scrivo la Convenzione sta dibattendo contemporaneamente: *a*) l'ipotesi di integrazione della Carta di Nizza nei trattati e *b*) l'eventuale adesione della Comunità/Unione alla CEDU.

Quanto al primo punto (*a*), pur non guardando con sfavore all'inserimento della Carta nei trattati, mi limito a constatare che – si arrivi o meno a tale ricezione (tanto desiderata dagli internazionalisti) – in ogni caso essa costituisce un atto giuridico dell'Unione, un vero e proprio *acquis* comunitario, la cui giuridicità è essenzialmente di natura pre-costituente (come piace sottolineare ai costituzionalisti). Inoltre – ove la Convenzione non riuscisse a configurare più esplicitamente (o trasformare) i trattati alla stregua di una Costituzione europea – l'inserimento della Carta nei trattati stessi, per quanto possa sembrare paradossale, potrebbe addirittura nuocere al documento in esame, la cui forza – per dir così – eversiva e *costituente* di tipo sovra-nazionale prescinde dalla formale ricezione in un semplice atto internazionale.

È pur vero che la gran parte degli innumerevoli operatori pratici del diritto neanche immagina questo tipo di problematica e considera la Carta semplicemente una bella dichiarazione che non vincola alcun soggetto: per converso, nell'eventualità di un inserimento nei trattati, guarderebbe alla stessa come a un atto vincolante dell'Unione. In breve: perché passi l'idea – nelle rigide menti dei giuristi più tradizionali (plausibilmente la maggioranza) – che esistono atti *giuridici* pre-costituenti «europei» e che sia possibile immaginare una Costituzione «europea» *in senso giuridico*, ci vorrà molto tempo e una coraggiosa azione persuasiva combinata di più soggetti, non ultimi i governi e le corti costituzionali nazionali.

Quanto al secondo punto (*b*) – l'ipotesi di adesione della Comunità/Unione alla CEDU – prospettiva che in astratto può anche esser condivisa, in pratica essa rischia di portare, quasi automaticamente, al riconoscimento di un «rinvio pregiudiziale» in materia di diritti umani *non strettamente comunitari* (ovvero tutti quelli non indicati negli artt. 15, comma 2, e 39-46: la gran parte!) da parte della Corte di giustizia verso la Corte europea dei diritti dell'uomo, procedura che potrebbe essere esplicitamente prevista dalla Convenzione o introdotta sotto forma di prassi giurisprudenziale dalla stessa Corte del Lussemburgo. Ciò – a giudizio

di chi scrive – costituirebbe una pericolosa deriva, poiché sminuirebbe il valore e la portata della Carta di Nizza, ben più avanzati della CEDU, attenuando il processo costituente europeo in atto e dando vita, altresì, a un quadro decisamente complesso (o ulteriormente complicato?) dei rapporti fra le Corti europee.

Naturalmente quel che a me sembra, nell'assetto costituzionale complessivo del Vecchio Continente, un'evoluzione/semplificazione realistica, naturale, direi: quasi automatica – in virtù della quale si può presumere un *assorbimento* delle funzioni della Corte di Strasburgo da parte di quella del Lussemburgo – non è detto che corrisponda agli intenti della Convenzione e dei governi d'Europa.

Al solito, non siamo profeti… Ma i rischi che l'Unione ristagni nell'attuale *caos* istituzionale e organizzativo, rinunciando a uno scatto di reni verso una razionalizzazione (traduco: costituzionalizzazione) delle proprie istituzioni e funzioni restano alti.

6. Il processo costituente europeo: dopo le previsioni, un auspicio e una constatazione

Alle *previsioni* (una desiderata, l'altra scongiurata) testé fatte – si accompagnano un *auspicio* e una *constatazione*.

L'auspicio è che, nel suo articolato lavoro, la Convezione europea – alle prese con la nuova forma di governo e con i nuovi trattati dell'Unione, probabilmente nella ricordata prospettiva di un *multilevel Constitutionalism* – non si dimentichi dell'organo che più degli altri, grazie alla sua imponente e creativa giurisprudenza, ha favorito il processo costituente dell'Unione – la Corte di giustizia – prevedendo, al di là della funzione mista di organo di cassazione-appello-costituzionale, idonee procedure e forme di raccordo-accesso fra essa e le Corti costituzionali nazionali, senza le quali il rapporto di cooperazione fra gli organi di garanzia nazionali e comunitari rischia di restare lettera morta o, cosa non meno grave, finirà con l'essere affidato a prassi incerte e contestabili. È appena il caso di sottolineare che la questione tocca così da vicino le Corti costituzionali nazionali da dover essere affrontata «anche» a livello di revisione delle Costituzioni degli Stati membri.

Infine, la constatazione è che – anche laddove domani residui un margine di competenze alla Corte di Strasburgo (per gli Stati non aderenti all'U.E.) – il modello di Stato costituzionale prevalente in Europa resta senz'altro quello di tipo «giurisdizionale», in cui alla funzione di *auto-integrazione* normativa dei Parlamenti si accompagna in modo crescente quella di *etero-integrazione* normativa delle Corti costituzionali e degli altri giudici. La stessa cosa sembra possa dirsi per il caso *sui generis* della C.E./U.E.: un ordine costituzionale, nuovo e senza precedenti, sotto forma di Unione di Stati nazionali, costruito non solo sugli *atti* dei trattati, ma per successive stratificazioni nel tempo di *fatti* (consuetudini, convenzioni, prassi) e sofisticati *processi* ermeneutici della giurisprudenza della

Corte di giustizia [6]. In gran parte anche in questo caso si può parlare di un modello – non di Stato, ma di Unione di Stati – largamente giurisdizionale.

Credo che questo insieme di previsioni, auspici e constatazioni emerga sempre più dal diritto pubblico comunitario, ma meglio sarebbe dire (e insegnare), ormai: dal Diritto costituzionale dell'Unione Europea.

---

[6] Sul punto sia consentito rinviare al mio: *Il caso esemplare della Costituzione europea come «insieme di atti» (puntuali nel tempo) e «insieme di processi» (storici): dalla C.E.E. (Comunità Economiche Europee), alla C.E. (Comunità Europea), all'U.E. (Unione Europea), agli U.S.E. (Stati Uniti d'Europa)*, in AA.VV., *Verso una Costituzione europea*, Atti del Convegno Europeo di Studio - Roma 20-23 giugno 2002, a cura di L. LEUZZI-C. MIRABELLI, Roma, 2003, 621 ss.

RELAZIONI DI SINTESI DELLE TRE SESSIONI

TRADIZIONI COSTITUZIONALI COMUNI, MARGINE DI APPREZZAMENTO E RAPPORTI TRA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO. QUALE EUROPA DEI DIRITTI?

PAOLO CARROZZA

1. La colpevole distanza che separa la stesura di queste note dalla loro illustrazione orale non consente una completa e compiuta sintesi degli interventi succedutisi in sede di *atelier* – del resto ora disponibili nelle versioni originali degli intervenuti –, ma purtroppo neppure consente di dare un maggior respiro alle conclusioni, allora molto provvisorie e quasi «sospese», ed oggi mantenute ancora tali dall'incertezza sui risultati nel frattempo prospettati circa il futuro «costituzionale» dell'Unione.

Lo scopo perseguito dagli organizzatori, con riferimento all'argomento della relazione di sintesi, era quello di fare il punto sui rapporti – di concorrenza, interferenza, collaborazione o quali altri – tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo. A tal fine erano state predisposte due relazioni particolari, su alcuni profili topici delle rispettive «dottrine» ed una relazione generale, direttamente inerente tali rapporti.

Per riordinare la grande quantità di spunti e di sollecitazioni giunte dagli interventi, mi pare poco utile il ricorso alle tradizionali categorie oppositive spesso usate in simili circostanze (ottimisti/pessimisti, euroscettici/euroentusiasti ecc.), e preferisco, come nella relazione orale, cercare di ricondurre ad unità il senso della discussione mediante un espediente metodologico, centrando il discorso su una prospettiva per così dire epistemologica: l'interesse degli interventi e del tema non sta tanto nelle singole conclusioni in ordine al modo di atteggiarsi dei rapporti tra le due Corti in esame, tutte egualmente rispettabili – e che il lettore potrà verificare direttamente mediante la lettura dei singoli interventi in questi stessi atti –, quanto nella verifica della capacità del costituzionalismo e del suo apparato concettuale di rappresentare ed inquadrare efficacemente esperienze istituzionali che, come tutti i fenomeni comunitari e convenzionali, sino ad oggi hanno visto nettamente il prevalere di un'ottica «internazionalistica» ai fini della loro ricostruzione dogmatica e del loro inquadramento fenomenologico.

Non mi riferisco, naturalmente, agli studi su singoli diritti che possono sfruttare i materiali giurisprudenziali prodotti dalle Corti di cui ci stiamo occupando, e neppure dell'esame della evoluzione della giurisprudenza delle due Corti, quanto al discorso, suggerito dall'intervento di Cesare Pinelli, secondo il quale non sempre i pubblicisti riescono bene a distinguere tra la ricostruzione di ciò che è e la previsione di ciò che potrebbe essere o, addirittura, vorremmo che fosse.

Se questo «difetto» di analisi è cosa antica, e più spesso di quanto non vogliamo ci comportiamo come i Melii dinanzi alla flotta ateniese, non c'è dubbio che la dimensione istituzionale europea comporta spesso simile distorsione di prospettiva. L'osservazione di Pinelli è giustificata: storicamente, intendo dire quando vennero istituite, il compito della Corte di Lussemburgo era quello di garantire le libertà economiche – ancora tutte da attuare – previste dal Trattato di Roma, mentre la massima ambizione della Corte di Strasburgo era quella di costituire un valido interlocutore degli stati – in uno solo dei quali era attivo un organo di giustizia costituzionale – nella difesa del livello di diritti voluto dalla Convenzione.

Trascorsi pochi decenni dalla rispettiva istituzione – non a caso Hobsbawn ha definito il XX secolo come il «secolo breve» – il quadro politico e istituzionale complessivo è talmente mutato da farci apparire «preistoria» quei dati di partenza: ed è inevitabile, in simili casi, direi quasi comprensibile, che i commentatori odierni di quelle esperienze vedano condizionata la ricostruzione della realtà istituzionale, innegabilmente in movimento, dalla visione che ciascuno ha in mente del possibile punto di approdo dell'evoluzione in corso; tenuto conto della grande incertezza politica, e sottolineo politica, non istituzionale, che accompagna il processo di integrazione europea.

Dunque non deve stupire che, negli interventi, ci si sia talora allontanati molto dal tenore quasi «sotto traccia» (con riferimento alla possibile evoluzione futura) delle pur pregevoli relazioni, tutte molto ancorate ai dati giurisprudenziali e «reali», per spingersi verso i territori sconosciuti del futuro assetto istituzionale dell'Europa perfettamente e pienamente integrata. E qui, naturalmente, non potevano che emergere le divergenze derivanti dalle diverse concezioni e convinzioni di cui ciascuno di noi è, in misura maggiore o minore, naturalmente portatore.

2. Per dare unitarietà al discorso vorrei dunque partire da un dato, come poco fa anticipato, quasi epistemologico: quali categorie concettuali abbiamo a disposizione per ricostruire unitariamente, in termini istituzionali, il processo cui stiamo assistendo e che vorremmo almeno concettualmente «ordinare»?

La risposta è più variegata di quanto non sembri a prima vista: abbiamo, innanzitutto, la tradizionale culturale «internazionalistica», quella che conduce ad inquadrare i fenomeni dei rapporti tra ordinamenti nelle categorie oppositive dualismo/monismo ovvero separazione/integrazione e via dicendo; abbiamo poi la tradizione culturale «statalista», che suppone, per ogni ordinamento, una fase

fondativa o «costituente», e poi i poteri costituiti e quindi la loro capacità di ricondurre a schemi unitari i fenomeni sociali che pretendono di regolare e ordinare; abbiamo infine la tradizione culturale «storicistica», il punto di vista, per dirla con il maestro di Weiler, Eric Stein, o con Mauro Cappelletti, «d'oltre oceano»: non solo e non tanto lo schema del *federalizing process* di Karl Friedrich, diffuso in Italia da La Pergola, quanto l'idea della «integrazione attraverso i diritti», vale a dire un processo di integrazione i cui ritmi sono resi evidenti non tanto dalle istituzioni che formalmente lo governano quanto dalla spontanea tendenza del diritto – in un contesto di economia globalizzata – a divenire sempre più omogeneo ed unificato soprattutto per opera dei suoi veri protagonisti, cittadini, imprese, giudici statali e sovranazionali che ne regolano i conflitti.

Non credo che un simile «bagaglio culturale» debba essere abbandonato nello spiegare il fenomeno dell'integrazione comunitaria ed i connessi problemi istituzionali quali quello oggetto della nostra indagine; ma certo è che si avverte la crescente necessità di schemi nuovi ed ulteriori d'analisi, di uno sforzo di elaborazione concettuale cui forse proprio i costituzionalisti devono far fronte per rappresentare più efficacemente i processi in atto.

3. Un primo dato su cui riflettere, e che del resto emergeva già con nettezza dalle relazioni introduttive al Convegno, è la grande fluidità «costituzionale» dell'Unione europea.

I costituzionalisti (almeno quelli italiani) sono, per loro abitudine mentale, o meglio, per loro deformazione culturale, spesso portati a trascurare la circostanza che il processo di integrazione comunitaria è cresciuto, negli ultimi quindici anni, soprattutto mediante la sua «anima» intergovernativa, non certo per merito di quella «parlamentare» o costituente classica; ed anche la circostanza che, nei precedenti venti anni, tra gli anni '60 (penso ai casi *Costa v. Enel* e *Van Gend & Loos* e alle reazioni che tale ormai risaputa giurisprudenza ha determinato nei vari ordinamenti statuali da parte delle rispettive Corti costituzionali e «supreme») e gli anni '80, l'integrazione è cresciuta soprattutto per effetto del diritto giurisprudenziale (in senso lato, poiché giudici della Comunità sono sia la Corte di Lussemburgo sia i giudici «statali», come è noto).

Dunque, da una parte un'accelerazione del processo di integrazione politica che nasce da un'Unione prevalentemente economica e monetaria e che, per essere pienamente legittimata agli occhi dei cittadini europei, deve assumere una credibile dimensione istituzionale e dei diritti tale da non rinnegare il cospicuo «patrimonio costituzionale europeo», per dirlo con la suggestiva immagine di Alessandro Pizzorusso.

Dall'altra, uno spazio oggettivo di azione per il diritto delle Corti, per il *judge made law*, come ricordava nel suo intervento Rolando Tarchi, che non ha eguali in sistemi a diritto «scritto» o codificato, sempre pronti a rinnegare le suggestioni culturali anglosassoni legate al diritto giurisprudenziale, ritenuto a torto o a ragione dalle classi politiche europeo-continentali come sottoprodotto della civiltà

europea (è la vecchia contrapposizione cara ad Annah Arendt tra l'americana costituzione dei diritti e il *novus ordo saeclarum* di colto richiamo virgiliano proprio delle tradizioni «rivoluzionarie» europee: il 1789, il 1848, il 1917 …).

Il fatto è che mentre il *judge made law* delle due Corti, al di là dei conflitti e delle incomprensioni reciproche, va da anni producendo, nel silenzio (almeno sino alla Carta di Nizza) del «legislatore» europeo, quello straordinario fenomeno della omologazione transnazionale dei diritti, il processo «ufficiale» di integrazione è, come detto, frutto più dell'anima «intergovernativa» che di quella «parlamentare» o tradizionale classica (un parlamento che assuma di avere poteri «costituenti» …).

Ne discende, per farla breve, una concezione di Costituzione nuova per la tradizione culturale europea occidentale: l'idea di una costituzione non «programma» o mero strumento di governo, bensì «bilancio», un po' come voleva la tradizione del costituzionalismo «sovietico» o socialista.

Se si avrà una «Costituzione europea» essa non avrà grande proiezione futura, bensì dovrà riflettere – basta leggere l'atto istitutivo della Convenzione di Laeken – il progresso delle istituzioni integrate europee e la nuova attenzione alla dimensione europea dei diritti espressa dalla Carta di Nizza, più che il processo di integrazione «transnazionale» operato dalle due Corti europee negli ultimi trent'anni (non solo nella loro giurisprudenza quanto nel loro interagire con le Corti ordinarie e costituzionali dei singoli stati membri).

In conclusione – se proprio si deve trovare un paragone «statualistico» – una costituzione «alluvionale», e dunque un po' come quella inglese, pure rinnegata dal costituzionalismo europeo continentale come «non costituzione», sempre provvisoria e sempre mutevole, nella quale si stemperano elementi diversi ed eterogenei, capaci di fare i conti con le molteplici ed inconciliabili – al momento – «sensibilità nazionali» e le doppie o triple velocità dei processi di integrazione ed espansione europea.

A noi italiani questa tendenza verso le costituzioni «bilancio» non dovrebbe sembrare così «anomala»: la nostra riforma del Titolo V della Costituzione ha, infatti, proprio quello stesso sapore di «costituzione bilancio» (delle riforme degli anni '90, del federalismo amministrativo introdotto dalle leggi Bassanini) che sembra proprio della costituzione europea in fase di gestazione.

Un sapore che rinvia, direttamente, alla debolezza dell'attuale politica, incapace di dare risposte convincenti a tutti i temi sul tappeto e dunque propensa a riconoscere dimensione costituzionale a ciò che ha già realizzato «ordinariamente», priva di quella capacità di proiettarsi sul futuro che forse fu propria dei nostri e di altri costituenti per obbiettiva carenza di progettualità del futuro stesso.

4. Così, venendo al dibattito che si è sviluppato nell'*atelier*, si può facilmente comprendere come, a fronte di relazioni che, tenendosi ben ancorate ai casi ed al dato testuale, hanno cercato di illustrare le dottrine del «margine di apprezzamento» e delle «tradizioni costituzionali comuni», guardando ai rapporti tra le

due Corti europee non in termini di interferenza bensì di collaborazione, solo talora conflittuale, e prospettando simile rappresentazione anche con riferimento ai giudici statali (ove adeguatamente procedimentalizzato il meccanismo della pregiudizialità), il dibattito ha visto un'oscillazione continua e quasi pendolare tra due estremi.

Da un lato, la prospettiva, ben esposta da Nino Spadaro, di una sorta di «congiungimento naturale» tra i due ordinamenti nati distinti (Unione e Consiglio), favorito vuoi dalla «positivizzazione» dei diritti operata dalla Carta di Nizza – e soprattutto dalle sue clausole «armonizzanti» con la CEDU – vuoi dall'allargamento dei confini dell'Unione fino ad una specie di «unione territoriale» dei due ordinamenti: prospettiva nel cui ambito, secondo il suo autore, solo una Carta (Nizza) ed una Corte (quella del Lussemburgo) dovranno necessariamente, sia pur gradualmente, prevalere; anche con riferimento al peso e al ruolo delle Corti nazionali.

Ed all'opposto, chi ritiene, come Michele Ainis, che questa sorta di proliferazione, vera e propria «inflazione» di Carte e Corti abbia ben poco senso e costituisca addirittura un pericolo nel momento in cui, per dirla con Sunstein, siamo tutti particolarmente consapevoli che i «diritti costano» e, dunque, richiedono più denaro che Carte e Corti: solo la politica, più che le Carte e le Corti, insomma, può dunque rendere effettivi e concreti i diritti.

In simili prospettazioni vi è un forte monito per le classi politiche europee a che il processo di integrazione europea, nato come processo di integrazione economica, si sviluppi come processo di integrazione istituzionale e per diritti: in questo senso, il patrimonio costituzionale comune europeo costituisce per molti, forse per tutti, non solo una «pre-condizione» per l'integrazione ma addirittura il fondamento di una cittadinanza europea costituita dal complesso dei diritti riconosciuti nel corso del XX secolo, che tale processo di integrazione dovrebbe ulteriormente affermare e promuovere.

In questo filone si sono, per la verità, inseriti molti interventi, la cui principale finalità è stata quella di segnalare l'opportunità che, mediante una significativa decisione politica, la Carta sia ufficialmente e solennemente incorporata nel sistema dei Trattati (Leone) per divenire parte integrante della Costituzione europea, comunque essa sia coniugata sul fronte dei «poteri».

5. Dando per presupposte le incertezze manifestate dalla politica sul futuro dell'integrazione europea, molti degli interventi hanno lasciato intendere che proprio l'incertezza della politica ha lasciato molto spazio all'azione uniformatrice e omogeneizzatrice del diritto e dei diritti da parte delle Corti europee (oggi in collaborazione e non più in conflitto con le corti nazionali), secondo la ben conosciuta (da noi italiani) logica della «supplenza», e che molti intervenuti hanno voluto ricondurre alla azione «naturale» del *judge made law.*

Ma anche con riferimento a questo filone culturale sono emerse non poche divergenze di impostazione tra gli intervenuti.

E a Cesare Pinelli, che invocando un maggior equilibrio tra *leges* e *iura* e sottolineando la fine della storica «deferenza» dei giudici continentali nei confronti del proprio legislatore, ha finito per evidenziare la debolezza oggettiva del fattore giurisprudenziale come motore dell'integrazione, ha fatto eco la valutazione positiva da parte di Tarchi del nuovo ruolo delle Corti, quasi si trattasse di una sorta di rivincita del *judge made law* proprio della tradizione anglosassone sulla supremazia del legislatore propria della tradizione continentale, nel contesto di una competizione tra ordinamenti e tra Corti che dovrebbe vedere la Corte con la «giurisdizione» più «generale», quella del Lussemburgo, avere la meglio su tutte le altre corti, sia quella di Strasburgo, sia le corti nazionali. Mentre Luisa Azzena si è sbilanciata ancor più nel valutare positivamente il fenomeno, prospettando la Corte di Giustizia quale vera e propria «corte federale», enumerando pazientemente tutti i vari argomenti a favore e contro simile tesi, ma in sostanza concludendo che non possa che prevalere, come nell'esempio storico statunitense, la corte che – come la Corte di Lussemburgo – è in grado di decidere le questioni di competenza.

6. Rispetto al tema del «margine di apprezzamento», oggetto della bella relazione introduttiva di Filippo Donati, la consapevolezza dell'importanza che la garanzia dei diritti ha assunto quale fonte di legittimazione, anche politica, dell'integrazione ha spinto l'attenzione di molti a riflettere sui limiti di tale dottrina.

Senza voler con questo accusare di «giustificazionismo» l'impostazione di Donati, la ricostruzione di tale dottrina ha visto in effetti levare molte voci critiche. Così, ad esempio, Cristina Grisolia, nel timore che l'applicazione di siffatte impostazioni determini l'arretramento del fronte dei diritti in nome delle non irreprensibili esigenze dei singoli stati, ha invocato la dottrina dei «contropoteri», oggi cara alle corti costituzionali tedesca e italiana, a giustificazione del permanente e niente affatto recessivo ruolo delle corti costituzionali statali. In un non distante ordine di idee, Pietro Milazzo ha richiamato l'attenzione sulla necessità che il sindacato che tale dottrina implica si trasformi decisamente in sindacato della ragionevolezza dei limiti che ciascun stato intende porre ai diritti. Laura Olivieri ha invece sottolineato i pericoli che implica la continua oscillazione tra comprensibili esigenze di differenziazione ed inammissibili deroghe, ammonendo però come questa sia la realtà di molti ordinamenti federali. Mentre Paolo Bonetti ha ammonito circa la fragilità di questa costruzione dottrinale, specie nel momento in cui la Corte di Strasburgo si troverà a dover esaminare un diritto comunitario suscettibile di incidere, ben più che in passato, sui diritti.

7. Statisticamente, e per quel che può valere un simile rilievo, la convinzione più diffusa è che la Corte di Lussemburgo sia destinata a prendere gradualmente il sopravvento sulle altre corti e che la giurisdizione della Corte di Strasburgo,

come delle varie corti costituzionali statali, sia destinata a divenire (o sia già divenuta) tendenzialmente recessiva.

Ciò non solo in relazione ai possibili sviluppi e utilizzazioni che potrà avere la Carta di Nizza, ma anche in virtù di una serie di circostanze «ordinamentali»: la Corte di Giustizia è il giudice della conformità del diritto interno ai Trattati; è il giudice della competenza tra Comunità e stati membri; è il giudice dei diritti di libertà (ma anche di qualche diritto sociale: si pensi al caso *Casagrande*); può divenire, se utilizza appropriatamente la Carta di Nizza, un vero e proprio giudice della costituzionalità, nel senso di giudice dei diritti fondamentali.

Se questa è la convinzione prevalente (ed intendo sintetizzare con questa affermazione i molti interventi non direttamente citati), devo dire che simile conclusione appare molto verosimile e condivisibile.

Mi permetto di aggiungere, a questo punto, alcune considerazioni del tutto personali, che esulano dal ricco dibattito scaturito dalle relazioni e dagli interventi ascoltati.

Si potrebbe innanzitutto dire che l'anima «intergovernativa» che ha guidato negli ultimi quindici anni il processo di integrazione e che sta dando vita, dopo il mercato unico e la moneta unica, ad un primo serio tentativo di costituzionalizzazione dei diritti e delle istituzioni europee ha, probabilmente, raggiunto, i massimi risultati possibili.

Non che non sia possibile un ulteriore perfezionamento di questo processo, beninteso; ma il fatto è che una più intensa integrazione richiede, agli occhi del costituzionalismo europeo, la nascita di un vero e proprio sistema politico europeo, che riproduca quella dialettica politica tra destra e sinistra, con tutte le possibili posizioni intermedie ed estreme, che ha caratterizzato, in Europa, il costituzionalismo del XX secolo.

La tesi pecca molto di statualismo: essa tuttavia nasce dalla convinzione che il costituzionalismo del XX secolo è indissolubilmente figlio di sistemi politici fondati su partiti di massa e della dialettica politica che si è sviluppata all'interno di ciascun sistema politico tra tali partiti, grazie alla democrazia rappresentativa, qualunque ne sia la variante sotto il profilo della forma di governo e del sistema elettorale scelto.

D'altra parte, un corretto equilibrio, in ambito europeo, tra *leges* e *iura* non può svilupparsi se non con la crescita di una dialettica politica europea, mediante il confronto e lo scontro tra partiti o movimenti portatori di diverse politiche pubbliche, che legittimino il loro operato tramite il voto dei cittadini europei; altrimenti è inevitabile che sensibilità ed esigenze «nazionali» condizionino, in un modo o nell'altro, lo sviluppo istituzionale dell'Unione meramente «intergovernativo» o puramente «giurisprudenziale».

Vi è dunque la necessità, proprio a questo stadio di crescita dell'integrazione, di superare le angustie e le incertezze che la continua oscillazione tra istanze intergovernative e istanze di *judge made law*, producono nel processo di integrazione.

Non è soltanto, come ovvio, un problema di poteri del parlamento europeo:

qualche anno fa due politologi tedeschi spiegavano come le elezioni europee fossero ancora «secondarie» (*second order*, nel noto saggio di Reif e Schmitt), intendendo con ciò elezioni troppo condizionate dall'agenda politica nazionale e per niente orientate ad una dialettica tra possibili scenari delle istituzioni europee e, soprattutto, delle politiche pubbliche europee. Non mi pare che, a distanza di qualche anno, molto sia cambiato, mentre è certamente accresciuto il peso delle decisioni «comunitarie» sulla vita dei cittadini europei.

E se è vero che sul fronte della costruzione di «partiti europei», sia pur come federazioni dei varî partiti nazionali, qualcosa sia avvenuto e stia avvenendo, mi pare che occorra ben altro perché vi sia un vero e proprio salto di qualità nella rappresentanza politica europea. Occorre qualche gesto simbolico (e non solo tale) e dirompente: probabilmente la simultaneità delle elezioni nazionali ed europee (ma è una variante della proposta di circoscrizione unica di Reif e Schmitt, risalente al 1980); comunque qualsiasi novità che rafforzi e garantisca la dimensione europea delle elezioni. A tali condizioni finisce per divenire accettabile il potenziamento del ruolo del parlamento europeo e l'instaurazione di un più corretto rapporto tra *iura* e *leges* in ambito europeo (oggi decisamente sbilanciato, senza contare le discrasie prodotte dall'anima «intergovernativa» dell'Unione).

Una seconda considerazione riguarda la crisi della giustizia costituzionale europea: crisi che certo non si manifesta nella quantità di decisioni che impegnano le corti italiana, tedesca, spagnola e quant'altre, ma che si riflette piuttosto sulla qualità, sull'importanza delle decisioni stesse.

Molte sono le ragioni di tale crisi, e fra queste va certamente considerato il ruolo assunto dalla Corte di Lussemburgo e dai successi del processo di internazionalizzazione (o forse bisognerebbe dire «europeizzazione») della proclamazione e della tutela dei diritti fondamentali; e pari responsabilità ha certamente il progressivo indebolimento delle costituzioni «nazionali», che possono ambire a ordinare la dimensione statale del potere e dei diritti, là dove la dimensione sia del potere che dei diritti appare sempre più, invece, europeizzata.

Ho cercato, in altra sede, di spiegare questo processo parlando di «stagioni» della giustizia costituzionale: la stagione della assolutezza, che si manifesta (nei Paesi dove simile istituto è accolto) nel ricorso diretto e nella sua capacità di aggredire le sentenze degli altri giudici, imponendo il rispetto di una costituzione ancora non del tutto condivisa (Perez Tremps); la stagione del dialogo, che si manifesta nel ricorso incidentale, nella sua capacità di porre in relazione collaborativa giudici ordinari e giudice delle leggi e dei diritti; la stagione della diffusione, quella che stiamo vivendo in buona parte dei paesi europei nei quali l'istituto è più risalente, e che si manifesta, per l'appunto, nella tendenziale diffusione tra tutti i giudici della capacità di interpretare ed applicare direttamente la costituzione.

Il discorso è troppo complesso per essere liquidato in poche frasi: bisognerà però, forse, pensare ad un'ulteriore stagione, quella della dimensione europea della giustizia costituzionale, una dimensione che crescerà di pari passo con la positivizzazione dei diritti in ambito non più nazionale ma europeo; a ben vede-

re, si tratta di una stagione che sembrerebbe concentrare simile attività nei pochi (per ora) giudici del Lussemburgo, molto lontano dalle sedi delle varie corti costituzionali statali.

Il problema di fondo è che la dimensione europea e locale (regionale ma anche municipale, almeno con riferimento ai diritti sociali) dei diritti e del potere sta delineando una forma di sovranità «reticolare» molto diversa e distante da quella, imperniata sull'ordine gerarchico e sulla *reductio ad unitatem*, che ha caratterizzato almeno due secoli della nostra storia. Con questa nuova forma di sovranità, per sua natura sfuggente e poliedrica, incapace di esprimere un centro ed un'origine ma piuttosto diretta a coordinare la molteplicità di centri decisionali come la molteplicità di diritti e di tecniche di protezione dei diritti che caratterizzano questa fase di sviluppo delle istituzioni, bisognerà imparare a fare i conti.

E, come si avvertiva all'inizio di queste note, non è detto che l'apparato concettuale fornito dallo «statualismo», dal costituzionalismo prodotto dalle rivoluzioni liberali, risulti del tutto idoneo a descrivere ed ordinare questa nuova realtà. Questa, in definitiva, sembra l'acquisizione più importante che il confronto con la dimensione europea del potere e dei diritti sembra suggerire.

CORTE COSTITUZIONALE, CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE E CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO: PROBLEMI E PROSPETTIVE DEI LORO RAPPORTI

ADELE ANZON

1. Alla vigilia dell'apertura della fase del processo di «costituzionalizzazione» dell'Europa con l'insediamento della Convenzione di Laeken i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia comunitaria sembravano svolgersi secondo tendenze ormai consolidate che, pur sulla base di differenti impostazioni di fondo circa i rapporti tra i rispettivi ordinamenti, concordavano sulle modalità e i molteplici effetti dell'inserimento del diritto comunitario nel diritto nazionale. In questo panorama – consacrato nella sent. n. 170 del 1984 – erano apparsi tuttavia nei tempi più recenti segnali diversi che mi è parso di potere intendere (cfr. il mio saggio dal titolo «*I Tribunali costituzionali nell'era di Maastricht*», in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999) come manifestazioni del proposito della Corte costituzionale di riappropriarsi di qualche spazio sul terreno del controllo sulla dinamica dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario: così per esempio la rivendicazione dell'esercizio in concreto del proprio controllo sul rispetto del controlimite dei diritti fondamentali da parte del singolo atto comunitario (sent. n. 232 del 1989), il sindacato sulla incompatibilità comunitaria di leggi nazionali (sia statali sia regionali) nei giudizi principali (sentt. nn. 384 del 1994, 94 del 1995), il rifiuto dell'obbligo del ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ora art. 234 TCE). Una reazione analoga mi sembrava di potere ravvisare nell'atteggiamento del Tribunale Costituzionale Federale tedesco, che dopo avere seguito un atteggiamento di *self-restaint* analogo a quella del giudice italiano, nella sentenza Maastricht aveva rivendicato il proprio ruolo di custode permanente (del contenuto essenziale) dei diritti fondamentali anche nei confronti del diritto comunitario, nonché la propria competenza a sindacare il rispetto da parte degli atti delle autorità comunitarie dei confini dei poteri sovrani ad essi conferiti a mezzo dei Trattati.

Quanto ai rapporti tra la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo, si può dire che esse muovendosi su piani diversi (sia quanto alle caratteristiche del parametro di giudizio, sia quanto alla struttura dei giudizi e alle modalità di eserci-

zio delle rispettive giurisdizioni) sono stati improntati finora, se così si può dire, ad un regime di separazione priva perciò di aspetti conflittuali.

In entrambi gli ordini di rapporti si è recentemente insinuata la nuova disposizione dell'art. 117, comma 1, introdotta nella Costituzione italiana dalla riforma dell'ordinamento regionale, che, intervenendo sul piano delle fonti, ha assoggettato espressamente la collocazione della legge ordinaria nazionale (statale o regionale) al rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

Quanto ai rapporti con l'ordinamento comunitario, sono convinta che la nuova disposizione si sia limitata a fornirli di un fondamento costituzionale specifico ma non abbia innovato sostanzialmente alla situazione precedente, nella quale l'assoggettamento dell'ordinamento italiano a quello comunitario veniva ricavato dall'art. 11 Cost. In particolare non vedo su quale base si possa sostenere che la sola introduzione di questa formula comporti la necessaria impostazione monista delle relazioni tra i due ordinamenti. In conclusione, mi pare che, non avendo apportato novità sul piano del rapporto tra i sistemi rispettivi, l'art.117, comma 1, non sia idoneo a produrre di per sé solo alcuna influenza sull'atteggiarsi dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia.

Fortemente innovativa è invece la medesima disposizione per quanto riguarda la collocazione della legge nazionale rispetto agli obblighi internazionali. Limitando il discorso al tema che qui di interessa, occorre riconoscere che l'attribuzione – che ne consegue – alla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo del ruolo di parametro interposto di costituzionalità delle leggi nazionali è suscettibile di produrre nuovi sviluppi nell'attuale assetto dei rapporti tra la nostra Corte e la Corte di Strasburgo, dal momento che entrambe, sia pure nella diversità delle rispettive competenze e loro modalità di esercizio, dovranno utilizzare un medesimo parametro di giudizio.

L'attenzione al problema dei rapporti tra le Corti nazionali e la Corte comunitaria si è comprensibilmente acuita con l'avanzare del processo di integrazione europea, ormai in una fase decisiva della sua evoluzione, vicina all'adozione di una «legge fondamentale» – sia essa (come a me pare più corretto) un «trattato costituzionale» oppure una «costituzione». In particolare, anche in questa prospettiva, si guarda con sempre maggiore e spesso preoccupato interesse ai possibili sviluppi che potranno verificarsi nel settore della tutela dei diritti fondamentali, e ciò anche con riferimento non solo alla Carta Europea, ma anche alla collocazione definitiva che, in esito a detto processo, potrà assumere la CEDU sia rispetto al diritto comunitario, sia anche, di riflesso, rispetto a quello interno.

In definitiva, si prefigura un moltiplicarsi delle possibili interferenze tra sistemi normativi e sistemi di garanzia giurisdizionale, con corrispondente possibile accrescersi delle possibilità di conflitti tra le Corti e contrasti di giudicati. Qualcuno, proprio a proposito della garanzia dei diritti fondamentali in Europa, è giunto a parlare di un «triangolo delle Bermude» tra le sedi delle tre Corti (cfr. C. LENZ, in *EuZW*, 1999, 311 ss.). La fortunata immagine del «costituzionalismo multilivello» propugnata anch'essa dalla dottrina tedesca (cfr. essenzialmente I.

PERNICE, *L'unione costituzionale europea (der europäische Verfassungsverbund) nella prospettiva della conferenza governativa del 2000*, nonché M. MORLOK, *Il diritto costituzionale nel sistema europeo a più livelli*, entrambi in AA.VV., *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, a cura di S. PANUNZIO, Milano, 2002) d'altra parte, se descrive efficacemente questa situazione, non fornisce purtroppo utili strumenti che sul piano prescrittivo possano indicarne i modi di risoluzione.

2. Quanto ai lavori di questa sessione del nostro Seminario, Fiammetta Salmoni, nel quadro di un'ampia ricostruzione del cammino comunitario della nostra Corte e dei suoi presupposti in tema di impostazione dei rapporti tra ordinamenti, si è soffermata, da un lato, sulla posizione di auto-emarginazione in cui essa ha finito per collocarsi rispetto alle «questioni comunitarie» e dunque al processo di integrazione europea; dall'altro sulla sua rivendicazione del proprio ruolo di garante ultimo, anche nelle materie comunitarie, dei valori supremi della Costituzione nazionale, e in particolare dei diritti fondamentali, attraverso la teoria dei controlimiti; a proposito di quest'ultima, ha espresso il timore di una sua scarsa tenuta nelle ipotesi della doppia tutela (nazionale e comunitaria) di diritti formalmente identici, con conseguente possibile soccombenza delle garanzie costituzionali interne di fronte a quelle europee, di portata diversa dato il differente rispettivo quadro di valori di riferimento, timore giustificato anche dal constatato appiattimento delle posizioni della Corte su quelle della Corte comunitaria nei casi di applicazione del principio di eguaglianza *ex* art. 3 Cost. nel sindacato sulle «discriminazioni a rovescio». In conclusione Salmoni ritiene che occorra irrobustire la teoria dei controlimiti – esigendo il rispetto delle regole democratiche da parte delle istituzioni comunitarie e una maggiore sensibilità della Corte di giustizia ai valori fondamentali espressi dalla nostra Carta costituzionale – sia per porre rimedio al complessivo estraniamento della Corte rispetto al processo di integrazione europea, sia per resistere al possibile accentuarsi della spinta alla estromissione della Corte costituzionale dalla garanzia dei diritti fondamentali che potrà derivare dalla futura «giuridificazione» della Carta di Nizza.

La relazione di Andrea Pertici ha sottolineato il ruolo comune della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo quali istanze giurisdizionali di tutela dei diritti fondamentali nonostante la diversità del contesto ordinamentale in cui operano e del contenuto e della tecnica redazionale dei rispettivi testi-parametro e dei connotati dei rispettivi giudizi, ed ha rimarcato come proprio la equiparazione della CEDU alla legge ordinaria e dunque l'impossibilità di utilizzarla come parametro nel giudizio di costituzionalità – proprie dell'ordinamento italiano prima della riforma dell'art. 117 Cost. – abbiano portato, data la non coincidenza dei parametri di giudizio e l'operare del criterio della sussidiarietà della giurisdizione CEDU, ad un esercizio tendenzialmente separato delle due giurisdizioni e alla sostanziale assenza di interferenze e di contrasti; un assetto del genere, dovrebbe, a suo avviso, indurre a fermare l'attenzione più che sui

pericoli di conflitto tra le due Corti (peraltro non impossibili come dimostrerebbero isolate esperienze di altri Paesi) sulla loro complementarietà nell'assicurare la «circolazione» dei diritti in ambito europeo (comprensivo della «grande» come della «piccola» Europa), potenziando tutte le possibilità di scambio e di dialogo, anche in vista della realizzazione del principio, enunziato dalla stessa CEDU, della migliore tutela in caso di sovrapposizione di garanzie.

3. La discussione aperta dalle due relazioni ha riguardato soprattutto i rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia comunitaria. Meno ampia la partecipazione sui problemi posti dal sistema CEDU, in ordine ai quali, mentre si è sottolineata come la possibilità di contrasti con la nostra Corte sia ridotta soprattutto dalla mancanza da noi di un ricorso diretto a garanzia dei diritti fondamentali, si è generalmente ritenuto che eventuali contrasti siano risolubili con un accrescimento della comunicazione tra le due Corti per un più intenso scambio delle loro pratiche interpretative. Scarso peso si è dato anche nella discussione alla possibile influenza sull'argomento della riforma costituzionale del comma 1 dell'art. 117, certo per la totale incertezza che regna ancora sull'effettivo significato di questa ermetica disposizione e sulle sue possibili conseguenti modalità applicative.

Quanto alla tematica dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, il dibattito si è concentrato innanzi tutto sul confronto tra i parametri di giudizio a disposizione delle due Corti in tema di diritti fondamentali, mettendosi in rilievo la possibile non coincidenza tra singole figure di diritti pur identicamente denominati, le discrasie della complessiva consistenza e qualità dei cataloghi, nazionale e europeo (quest'ultimo sia nella sua attuale configurazione giurisprudenziale, sia nella sua enunciazione nella «Carta») nonché delle modalità e tipi di garanzie rispettivamente previste.

Altro punto più volte sottolineato negativamente è quello dell'emarginazione della Corte costituzionale rispetto al processo di integrazione europea e soprattutto al terreno della garanzia dei diritti fondamentali, nonostante la riserva di intervento a garanzia dei controlimiti, specie in considerazione di un possibile irrobustimento della competenza della Corte di giustizia a seguito delle riforme dell'ordinamento europeo e della formalizzazione della Carta dei diritti dell'Unione. In tale situazione, si sono manifestati due schieramenti, uno ottimista l'altro pessimista, in ordine all'eventualità dell'insorgere di contrasti tra le Corti e alle modalità, *soft* o conflittuali, di una loro risoluzione: in particolare si è fatto osservare come, quand'anche divenisse concreto il pericolo di contrasti a seguito della positiva e concreta messa in opera della clausola dei controlimiti, contrasti siffatti potrebbero essere risolti non tanto sul piano delle fonti, quanto piuttosto su quello ermeneutico, mediante lo scambio tra i Tribunali di metodi, soluzioni e risultati interpretativi.

Infine si è notato come il potenziamento di circuiti di costante comunicazione contribuirebbe pure ad attutire l'isolamento della nostra Corte, e si è conside-

rato particolarmente utile a tale scopo anche un ripensamento, da parte sua, del rifiuto di utilizzare il rinvio pregiudiziale (di cui all'art. 234 TCE) almeno nei giudizi principali nonché nei conflitti ed eventualmente nei giudizi di ammissibilità dei *referendum*.

4. Nell'insieme il dibattito è apparso caratterizzato da perplessità ed incertezze, del tutto prevedibili e giustificabili data la innegabile problematicità e la delicatezza dei quesiti che pongono la coesistenza e l'interferenza di diversi sistemi normativi, specie in tema di garanzia dei diritti fondamentali e dati anche i numerosi interrogativi aperti dalla prospettiva della riforma dei Trattati Europei e, in questo ambito, della sorte della Carta dei diritti dell'Unione nonché della opportunità o necessità di adesione dell'Unione alla CEDU.

A riprova della serietà e diffusione dello stato di incertezza in materia, particolarmente significativa sembra la diversità di analisi e di atteggiamenti manifestati di recente in merito ai rapporti tra le tre Corti dal giudice Zagrebelsky, della Corte costituzionale italiana e dalla Signora Limbach, Presidente del Tribunale Costituzionale Federale tedesco.

Il primo (cfr. *Corti europee e Corti nazionali*, in AA.VV., *I mutamenti costituzionali in Italia nel quadro dell'integrazione europea*, cit.) sembra piuttosto preoccupato e incline a ritenere non improbabile il verificarsi in un futuro non lontano di conflitti tra le tre Corti europee per via della comunanza anche parziale dei parametri di giudizio e della mancanza di criteri certi di coordinamento dell'attività di esse, conflitti che la nostra Corte costituzionale avrebbe finora evitato tentando di rimanere estranea al terreno di azione delle altre Corti (salvo la perdurante rivendicazione della propria competenza ad assicurare il rispetto dei «controlimiti» rispetto al diritto comunitario), ma che potrebbero in un futuro prossimo non potersi più evitare.

Il Presidente Limbach (cfr. *Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarkitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichthof der Europäischen Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, in *EuGRZ*, 2000, 417 ss.) invece, pur partendo dalla ricordata metafora allarmante del «triangolo delle Bermude», appare propensa a leggere con ottimismo i futuri rapporti tra le Corti: rispetto alla Corte di Strasburgo, conflitti giurisprudenziali con il Tribunale costituzionale sarebbero poco probabili data la distinzione di competenza e data comunque la corrispondenza dei valori sottesi alla CEDU e alla Legge Fondamentale tedesca, mentre l'eventuale assoggettamento del secondo al diverso avviso del primo nell'applicazione della Convenzione non andrebbe drammatizzato; per quanto riguarda la Corte di giustizia, il rapporto – anche in prospettiva – non antagonistico con il *Bundesverfassungsgericht* si baserebbe sul rinnovato riconoscimento da parte di quest'ultimo (espresso nella pronunzia del 7 giugno 2000 sul «mercato delle banane») della capacità di questa Corte di assicurare una tutela «sostanzialmente comparabile» nelle sue linee di fondo con quella garanti-

ta dalla costituzione nazionale, una tutela, cioè, intesa come non necessariamente identica, né estesa ad ogni aspetto particolare e ad ogni singola ipotesi, ma comunque efficace ad assicurare *in via generale* il nucleo essenziale della protezione dei diritti contro l'esercizio del potere delle istituzioni comunitarie; solo in caso di caduta non in singoli casi ma, appunto, in via generale, di questo livello di protezione il *Bundesverfassungsgericht* rivendicherebbe la propria «competenza di riserva». La diversità di un simile atteggiamento positivo del Presidente Limbach rispetto a quello del giudice costituzionale italiano Zagrebelsky risalta ancor di più se si legge sullo sfondo della situazione tedesca, in cui la rigidità manifestata in precedenza dal Tribunale costituzionale verso la Corte di giustizia con la sentenza Maastricht e le conseguenze della pronunzia di quest'ultima Corte sul caso Kreil (che ha sancito la prevalenza di una direttiva comunitaria anche rispetto ad una puntuale disposizione della Legge Fondamentale con essa incompatibile) avrebbero potuto giustificare qualche segno di tensione e una prognosi meno favorevole o comunque più cauta.

«GIUDICI COMUNI E CORTI SOPRANAZIONALI»

PASQUALE COSTANZO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il problema delle fonti. – 3. Le relazioni tra Corti e giudici e l'efficacia delle decisioni europee. – 4. (*Segue*): la Convenzione tra giudici e Corte costituzionale. – 5. L'influenza sul legislatore. – 6. L'impatto delle soluzioni di merito sui giudici nazionali. – 7. Prospettive conclusive.

1. PREMESSA

La sintesi dei lavori della III sessione ha potuto fare affidamento sia sulle due relazioni di base esposte nella sessione mattutina di ieri (relazioni ben costruite e documentate), sia su alcuni altri interventi – anch'essi piuttosto puntuali – avutisi nell'*atelier* pomeridiano.

Pertanto il mio compito, che era essenzialmente quello di fissare le coordinate principali della discussione, ne è risultato molto facilitato.

Un'altra doverosa considerazione preliminare riguarda il materiale, per così dire, recensito, costituito prevalentemente da decisioni delle giurisdizioni comuni il cui reperimento, com'è noto, non è altrettanto facile come il reperimento delle decisioni di giurisdizioni uniche nel loro genere, come sono appunto la Corte costituzionale e le due Corti europee messe al centro dell'attenzione di questo Convegno.

Ciò premesso e volendo ad ogni costo schematizzare una discussione rivelatasi invece varia e ricca di spunti problematici, potrebbe essere proposta la griglia che segue:

a) il problema delle fonti

b) l'esistenza o meno di relazioni organizzative di tipo processuale tra le due Corti e i giudici nazionali

c) il tipo di efficacia delle decisioni delle due Corti rispetto alle giurisdizione interne;

d) l'influenza delle stesse decisioni rispetto al legislatore nazionale;

e) l'impatto delle soluzioni di merito adottate in sede europea sulle soluzioni e lo stile dei giudici nazionali;

f) prospettive di sviluppo e problemi aperti.

Come si intuisce, la tematica è assai articolata e complessa e in sede di sintesi non si può che procedere per rapide notazioni, alle quali mi permetterò talvolta di affiancare il mio personale punto di vista.

2. Il problema delle fonti

Circa il primo punto, attinente al problema delle fonti, pur trattandosi all'evidenza di una questione comune anche ai temi trattati nelle altre due sessioni, direi che nel nostro caso involge aspetti operativi di grande importanza.

Ora, se per quanto riguarda le fonti comunitarie, la risposta è risultata sufficientemente agevole alla luce dell'evoluzione prodottasi specialmente per effetto delle pronunce sia della Corte di giustizia, sia della Corte costituzionale, così che addirittura, da questo punto di vista, risulterebbe plausibile negare una portata sostanzialmente innovativa al dettato del nuovo art. 117, comma 1, Cost., là dove vincola la potestà legislativa di Stato e Regioni al rispetto dell'ordinamento comunitario, la stessa disposizione costituzionale potrebbe invece – accogliendo una prospettiva tipica degli internazionalisti ed accolta anche in diversi ordinamenti – risolvere la controversa questione della posizione della Convenzione europea dei diritto dell'uomo (*rectius*: della legge di esecuzione) nell'ordinamento interno.

Com'è noto, infatti il problema si è posto sia rispetto al legislatore, sia rispetto alla Corte costituzionale, concludendosi fino a prima della revisione del 2001, nel più audace dei casi, per una resistenza propria delle fonti atipiche, ma escludendosi, da parte della Corte, qualsiasi valore parametrico alla Convenzione.

Con il nuovo testo costituzionale, il rango sovralegislativo della Convenzione potrebbe invece essere persuasivamente argomentato, potendosi spingere per alcuni a predicare tale posizione per i Trattati addirittura fin dal momento della loro ratifica senza dover attendere cioè la loro «nazionalizzazione».

Analogamente, la Convenzione potrebbe essere invocata a parametro nel giudizio di costituzionalità di una legge di cui si sospetti un contrasto con gli obblighi internazionali dello Stato.

La mia personale (anche se ancora provvisoria) impressione è che la situazione sia proprio questa, salvo a verificarne le ulteriori implicazioni sul comportamento dei giudici.

3. Le relazioni tra Corti e giudici e l'efficacia delle decisioni europee

Eccoci al secondo punto della griglia. Ora, poiché il modo di rapportarsi dei giudici con le due Corti risulta pregiudizialmente influenzato dal tipo di relazione organizzativa esistente, la differenza tra i due sistemi non potrebbe essere più

profonda, visto che il rinvio pregiudiziale è aperto all'interno della sola relazione con la Corte di giustizia e non per quanto riguarda la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Come è emerso ripetutamente dalle relazioni e dal dibattito, questa differenza, mentre, in un certo senso, risolve il problema sull'asse giudice comunitario-giudici nazionali, lo evidenzia maggiormente per quanto concerne il rapporto Corte europea-giudici nazionali. In questo secondo caso, infatti, la mancanza di qualsiasi rapporto diretto finisce per rendere più complessa la risposta all'interrogativo sul valore della Convenzione per i giudici nazionali, sia sull'efficacia per essi delle decisioni della Corte europea.

Cominciando da questo secondo punto, è evidente che sul piano formale – e a differenza di quanto accade nell'ordinamento comunitario – l'indiscutibile distinzione di piani ordinamentali lascia intatta l'autonomia decisionale dei giudici nazionali rispetto ai deliberati di Strasburgo. Come dire che il giudice italiano nell'interpretare la Convenzione si trova solo con la sua coscienza e la sua professionalità di giurista!

Circa invece il valore vincolante della Convenzione, occorre, a mio avviso, riconoscere che anche la sua ricollocazione per effetto della revisione costituzionale non è sufficiente ad affermarne l'indiscriminata e immediata operatività anche nei giudizi comuni, dato che queste sono caratteristiche che dipendono meno dal rango che non dalla struttura normativa.

Certo un avanzamento c'è stato poiché, se si condivide la nostra impostazione, anche la dubbia autoapplicatività di una norma non può essere più di ostacolo alla sua parametricità ai fini di un eventuale sindacato della Corte costituzionale.

4. (*Segue*): la Convenzione tra giudici e Corte costituzionale

Ma anche sotto questo profilo, vale a dire il trattamento che la Convenzione potrebbe ricevere per effetto dell'apertura di questo nuovo canale dialettico tra giudici comuni e Corte costituzionale, la discussione ha evidenziato risvolti di non trascurabile importanza.

Si tratta in estrema sintesi del combinarsi degli approdi evolutivi della Corte (nel suo rapporto con i giudici *a quibus*) con le peculiarità del parametro.

In questo senso, si è messo in particolare risalto il dovere del giudice comune di impegnarsi al massimo in uno sforzo di «interpretazione conforme» prima di invocare i rimedi della giustizia costituzionale, laddove l'operazione ermeneutica dovrebbe però non più essere condotta in maniera solitaria, ma valorizzando al meglio il materiale giurisprudenziale già prodotto dalla Corte europea. E questo, a mio parere, al fine sia di saggiare la tenuta delle soluzioni nazionali rispetto alla Convenzione così come interpretata dal suo giudice naturale, sia per «persuadere» la Corte costituzionale dell'indispensabilità del suo intervento nell'impossibilità di una soluzione adeguatrice.

5. L'influenza sul legislatore

Può invece ascriversi all'influenza esercitata dalla Corte europea sul legislatore nazionale l'approvazione della c.d. legge Pinto. Tale legge, come è stato ampiamente ricordato, ha costituito la risposta italiana agli ammonimenti provenienti da Strasburgo circa le disfunzioni della nostra giustizia.

La disciplina così introdotta formalizza infatti una procedura giurisdizionale tesa a riconoscere una c.d. equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo. L'influenza della Corte europea risulta poi ancora nettamente visibile nei criteri che la legge stessa codifica ai fini dell'accertamento dell'esistenza della violazione.

Tuttavia, se, come è stato rilevato, la legge non offrirebbe alcun contributo all'implementazione legislativa del disposto del nuovo art. 111 Cost. laddove evidenzia l'impegno per il legislatore ad assicurare la ragionevole durata del processo, anche ai nostri specifici fini, si stenta non poco a riconoscere in questo meccanismo la tutela del diritto ad un ricorso effettivo di cui ragiona l'art. 13 della Convenzione, visto che, in questa disposizione, ci si riferisce alla violazione non solo del diritto ad un processo di ragionevole durata, ma anche di tutti gli altri diritti contemplati dalla Convenzione.

Comunque sia, parrebbe che, diversamente da quanto affermato in una delle relazioni (ma probabilmente una stima complessiva è ancora tutta da fare), le Corti d'appello investite della competenza a giudicare da parte della legge Pinto non solo non abbiano seguito i criteri quantitativi risarcitori adottati dalla Corte europea, ma abbiano dimostrato una certa ritrosia ad identificare le violazioni.

6. L'impatto delle soluzioni di merito sui giudici nazionali

C'è allora da chiedersi se si tratta della stessa ritrosia (segnalata in quasi tutti gli interventi) a riferirsi in generale alla giurisprudenza della Corte europea anche per la soluzione dei casi che vengono portati davanti ai giudici comuni allegandosi la violazione della Convenzione. E ciò sia che si tratti di utilizzare le sue norme per vagliare la correttezza della normativa nazionale, sia che si tratti di appurarne la portata al fine di un'applicazione diretta ai casi stessi.

Ritrosia che non trova peraltro riscontro nel rapporto con la Corte di giustizia nemmeno dove i giudici nazionali non trovano vincoli istituzionali di interpretazione conforme.

L'analisi ha talvolta addebitato le anzidette discrasie anche ai differenti stili dei giudizi nazionali e della Corte di giustizia (in quanto legati alla tradizione di *civil law* i primi, più influenzata invece dalle logiche della *common law* la seconda). Credo però che l'argomento – non privo di una sua suggestione – andrebbe maggiormente approfondito, visto che non è mancato chi, al contrario, ha sotto-

lineato la grande ricettività da parte dei giudici comuni nei confronti delle tecniche di *common law.*

Piuttosto maggiormente persuasivo mi è parso l'argomento, che chiamerei *lato sensu* culturale, che impedirebbe alla nostra esperienza giuridica di valutare come esigerebbe la Convenzione il concetto di ragionevole durata del processo.

7. Prospettive conclusive

Tentando di tirare le fila di una sessione dedicata al rapporto tra giudici nazionali e Corti europee, non si può non rilevare come allo stato la maggior attenzione sia stata attratta dal versante del rapporto con la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In questo senso, la sensazione è che, rispetto al versante dei rapporto con la Corte di giustizia, si tratti di un territorio ancora sostanzialmente inesplorato.

Le cause sono verosimilmente molteplici e tra queste va, secondo me, annoverata la ancora scarsa propensione dei costituzionalisti a misurarsi con problematiche involgenti profili di puro diritto internazionale.

La revisione costituzionale del Titolo V ci impone all'evidenza un rapido cambio di mentalità.

D'altro canto, noi non abbiamo mai avuto e continuiamo a non avere nel dettato costituzionale una disposizione omologa a quella dell'art. 55 Cost. francese, che – come è stato bene documentato all'interno della sessione – autorizza i giudici comuni ad effettuare un controllo di «convenzionalità» sulle leggi, in esito al quale essi sono altresì autorizzati ad emarginare la normativa nazionale contrastante con la Convenzione.

I primi suggerimenti sembrano però andare nel senso di attribuire un simile controllo perlomeno alla Corte costituzionale. Ma non si tralasci di considerare che proprio in questa direzione – forse più che per il tradizionale controllo – la collaborazione dei giudici comuni può rivelarsi essenziale dal momento che è soprattutto davanti ad essi che si controverte della tutela dei diritti individuali (analogamente anche la Corte costituzionale quando si trovi ad essere un giudice di diritti, sia pure attraverso lo schermo del conflitto di attribuzione, deve reputarsi un giudice direttamente interessato, non tanto diversamente – si potrebbe dire – dal Consiglio costituzionale francese quando opera come giudice elettorale).

In questo quadro, anche per ovviare all'inesistenza di raccordi organizzativi ricordata all'inizio (raccordi organizzativi sia preventivi sia successivi: si è parlato anche della possibilità già adombrata in sede legislativa di prevedere tra le cause legittime di revisione di una sentenza l'accertamento della sua contrarietà alla Convenzione da parte della Corte europea: in Francia esiste già un meccanismo del genere), il diffuso auspicio consiste in una maggior e reciproca conoscenza fra giudici e Corti, nell'attivazione di un dialogo, nell'allestimento di qualche forma collaborativa.

Rispetto a ciò, anche i tentativi di far valere la CEDU, attivando i meccanismi comunitari in base al richiamo fattone dall'attuale art. 6 del Trattato di Maastricht rischia di creare più problemi di quanti ne vorrebbe risolvere. Si tratterebbe infatti a mio parere di una soluzione di corto respiro di fronte non solo ad un più chiaro consolidamento della posizione della Carta di Nizza, ma anche nella prospettiva di una Carta costituzionale europea.

Finalmente, come non pensare che una compiuta costituzionalizzazione dell'Unione dovrebbe fondarsi anche su una completa autosufficienza del sistema interno di previsione e di protezione dei diritti, rendendo forse anche superfluo il sistema della Convenzione europea?

RELAZIONE CONCLUSIVA

Gaetano Silvestri

Le opinioni che si sono confrontate in queste due giornate sono molto spesso divergenti e mi hanno indotto a qualche riflessione di carattere generale, visto che non potrò neanche tentare di inseguire le varie argomentazioni dei relatori e di coloro che sono intervenuti negli «atelier».

La prima osservazione di carattere generale che mi viene in mente di fare sul dibattito intorno alle tradizioni costituzionali comuni – in particolare alla difficoltà di individuare le stesse sia sul piano normativo che sul piano dell'applicazione giurisprudenziale – è che, forse, ci troviamo di fronte ad una grande rivincita della scuola storica, ad un momento di grave crisi in cui vengono combattute battaglie, che potremmo definire di retroguardia, da parte del positivismo classico.

Il fatto che ci si riferisca non a norme costituzionali precise, ma alle tradizioni costituzionali comuni, fa venire in primo piano un processo di formazione storica nella Comunità europea – nel senso di collettività dei popoli di Europa – di alcuni valori e principi che scaturiscono anche dall'esame comparativo delle costituzioni, ma che non si esauriscono in queste.

Quindi, il tramonto del positivismo giuridico applicato al diritto costituzionale. Un positivismo giuridico che, come noto, in Italia prende corpo tra la fine dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, un positivismo giuridico reso necessario dalla imperiosa esigenza di fissare i diritti fondamentali ed i princìpi rispetto ad un passato nei confronti del quale si voleva segnare una discontinuità precisa con un atto che avesse un'efficacia preclusiva. Forse andrebbe rivisto il concetto di costituzione come atto di rottura con il passato. Questa esigenza si manifestò alla fine del Settecento; si manifestò nel 1945, alla fine della grande tragedia della guerra mondiale e delle dittature, ed ebbe il suo epilogo definitivo con il tramonto dell'autoritarismo del cosiddetto socialismo reale. Oggi questa esigenza della cesura, dell'efficacia preclusiva, dell'atto che fosse in qualche modo introduttivo di un universo di valori nuovo e opposto a ciò che precedeva, appare meno forte, meno imperiosa.

Ecco perché è difficile ipotizzare, anche sul piano politico-pratico, che una costituzione europea, con il suo catalogo dei diritti fondamentali, possa venire fuori da un'assemblea costituente. Certamente sarebbe la cosa migliore avere un'assemblea costituente. Tuttavia, in questo momento, mi sembrerebbe una forzatura illuministica. D'altra parte, non credo che il processo sarà accelerato in

questa direzione, proprio perché non c'è quell'esigenza che avvertirono i coloni americani e i rivoluzionari francesi alla fine del Settecento e che avvertirono i popoli europei dopo la caduta delle grandi dittature.

Assistiamo, come diceva Antonio Ruggeri, ad un'evoluzione confusa, ad una situazione piuttosto disordinata.

Abbiamo i trattati, la Carta di Nizza, la CEDU, la Corte del Lussemburgo, la Corte di Strasburgo, le corti costituzionali nazionali, le corti supreme nazionali, i giudici comuni. Ce n'è abbastanza per dire: «molta confusione sotto il cielo». Però, come giuristi e costituzionalisti, dovremmo guardarci dall'antica tentazione di rimproverare la realtà, di dire c'è confusione. Noi censuriamo questa confusione e, siccome abbiamo ancora nella testa il paradigma positivistico, auspichiamo che arrivi il grande legislatore, che finalmente ci faccia un bel codice nel quale tutti possano leggere con chiarezza.

Non è così e non sarà così. Allora tutti ci dobbiamo attrezzare per avere delle «guide-line», ossia dei punti di riferimento che costruiamo noi stessi.

Per fare ciò dobbiamo avere anche dei valori di riferimento, giacché l'opzione di valore è assolutamente inevitabile. Anche qui, forse, dobbiamo liberarci dal pregiudizio positivistico: i valori non ce li consegna il legislatore inscatolati dentro le norme. Dobbiamo abituarci alla responsabilità delle scelte di valore, che possono assumere la veste di tecniche interpretative figlie di queste scelte, come cercherò di dire tra poco.

Facciamo un esempio. Nella sua bella relazione, Donati ci ha parlato della dottrina del margine di apprezzamento. Possiamo guardare a questa giurisprudenza da due punti di vista, per arrivare a conclusioni completamente diverse. La possiamo guardare dal punto di vista della permanenza della sovranità statale come necessario criterio di identificazione delle comunità nazionali e base di un insindacabile apprezzamento politico, o la possiamo vedere dall'opposto punto di vista del principio di massima espansione dei diritti. È chiaro che, nell'uno e nell'altro caso, arriveremo a conclusioni divergenti. Se dovessimo qui evocare un giudice ideale per chiedergli: quale delle due posizioni, quella fortemente critica o quella più concessiva, ha ragione? La risposta non potrebbe che dipendere dal punto di vista da cui si guarda a questa realtà.

Allora il problema è quello di vedere quale è questa realtà e come noi ci collochiamo al suo interno. Qual'è il ruolo del giurista costituzionalista in questa realtà?

Qui viene in primo piano un problema deontologico per i costituzionalisti, perché anche i costituzionalisti, come i medici e gli ingegneri, devono avere la loro deontologia.

Sono convinto – ma si tratta di una mia personalissima opinione – che oggi il costituzionalista deve intendere le tradizioni costituzionali comuni, la tutela dei diritti fondamentali in ambito europeo, come un tutto unico che lo porta a considerare queste tradizioni costituzionali comuni non un mosaico di costituzioni, ma qualcosa di più e di qualitativamente diverso rispetto alle singole carte costituzionali. Dobbiamo assumerci qualche responsabilità. Altrimenti, ci mettiamo a

fare piccole comparazioni. O facciamo come ha fatto la Corte di Strasburgo, quando questo gli è convenuto, ossia andare a vedere gli ambiti di tutela, constatare la carenza di uno standard chiaramente desumibile e sacrificare coloro che chiedono giustizia.

Per esemplificare le operazioni concettuali possibili, mi riferisco soltanto ad alcune delle tematiche che sono state affrontate in questi due giorni. Dopo la Carta di Nizza ed il suo ulteriore richiamo alla CEDU, dopo che nell'art. 53 è stato stabilito il principio della massima protezione o, quantomeno, della non deteriore protezione, penso che l'incorporazione dell'universo dei diritti che ci proviene dalla CEDU nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea può avvenire senza portarsi dietro il fardello degli aspetti limitativi della giurisprudenza di Strasburgo. Perché, in fondo, si tratta di valutare quei diritti che sono fissati nella convenzione alla luce delle tradizioni costituzionali comuni che costituiscono un qualcosa di propulsivo e non di semplicemente fotografico. Una volta liberati dall'idea della costituzione come atto puntuale, fissato nel tempo, dobbiamo acquisire la consapevolezza della forza propulsiva dei principi; di quella che già Emilio Betti definiva la perenne eccedenza assiologica dei principi rispetto alle norme puntuali. Questi diritti fondamentali dobbiamo considerarli incorporati nell'ordinamento dell'Unione europea. Nel vagheggiare ciò che tutti ovviamente desiderano, vale a dire l'unificazione fra le due corti in un unico organo giurisdizionale di tutela delle posizioni giuridiche fondamentali dei cittadini di Europa, bisognerebbe tenere conto che tale fusione deve avvenire soltanto se si riesce ad affermare in ambito europeo, cominciando dalle singole realtà nazionali, il principio della massima espansione dei diritti, quel principio di favore che dovrebbe definitivamente prendere il posto delle varie concezioni della media delle tutele o, peggio, del minimo comune denominatore.

Questo lo facciamo con una scelta, con una opzione. Sono convinto che molte obiezioni si potrebbero fare sul piano positivistico a quello che sto dicendo e non voglio addentrarmi in una discussione molto minutamente tecnica, però sono convinto che anche con le tecniche interpretative note e comunemente riconosciute possiamo arrivare a questa soluzione. Ciò in quanto il senso complessivo della nuova fase dell'integrazione europea tende a recuperare il ritardo dell'aspetto politico rispetto a quello economico.

Questo è un dato che tutti stanno rilevando e noi costituzionalisti lo dobbiamo fortemente sottolineare. È sempre più inaccettabile lo squilibrio determinato dal governo unico della moneta in assenza di un governo politico e democratico unico. Da esso nascono molti problemi, tra cui quello che la Corte di giustizia detiene di fatto un potere molto più penetrante della Corte di Strasburgo, situazione che, a sua volta, crea un problema di incapacità di comunicazione tra le corti costituzionali nazionali e la Corte di Strasburgo.

Tutto questo perché siamo in presenza di logiche differenti, in presenza, addirittura, di ordinamenti differenti, ma, direi, in presenza di valori fondativi anche diversi. La posizione sussidiaria della Corte di Strasburgo dovrebbe essere considerata – nel nuovo contesto dell'integrazione politica ed anche assiologica

dell'Europa – un "reliquato" storico che ha avuto una grande importanza, che ha consentito che si facesse giustizia in determinati casi rispetto a diritti fondamentali importantissimi, ma che oggi appare del tutto superata.

Non dovrebbero più esistere decisioni come quella che è stata ricordata «Sunday Times», che, viste con la lente con la quale dobbiamo guardare a questi problemi, sono quasi umoristiche.

Mi si potrebbe chiedere: qual'è il principio più accettato? Quello della libertà di manifestazione del pensiero, o quello dell'autorità del potere giurisdizionale? Non poniamo questo problema oggi in Italia perché la risposta sarebbe molto problematica. Ma il fatto di avere posto in relazione questi due principi sarebbe tale da dire ai giudici della sentenza citata: «Andatevene a casa!».

In questa nuova prospettiva noi dobbiamo superare le vecchie incrostazioni ed aiutare, come cultura giuridica, i giudici a superarle.

Se posso capire la posizione difficile, anche imbarazzante, complessa, di chi viene chiamato a fare il *giudice* in un corte europea e deve confrontarsi con una sorta di «Realpolitik», che lo porta a dovere andare con i piedi di piombo, con i piccoli passi, a non fare forzature, basandosi sul principio «meglio poco che niente», oppure basandosi sulla giusta prudenza che valga ad evitare reazioni violente da parte degli Stati che difendono la propria sovranità; se tutto questo è perfettamente comprensibile in quanto chiunque nelle stesse condizioni si comporterebbe alla stessa maniera, diversa è la posizione dei *giuristi*. Occorre distinguere molto bene la posizione dei giudici da quella dei giuristi. Guardiamoci dalla tentazione, ogni volta che commentiamo una sentenza, di metterci nei panni dei giudici. Nei panni dei giudici ci stanno i giudici. Noi stiamo nei nostri panni di cultura giuridica critica che deve anticipare e cercare di superare quelle stesse difficoltà che legittimamente e comprensibilmente hanno portato i giudici a prendere quella decisione. Altrimenti il nostro ruolo si limita a semplici estensori di chiose meramente didascaliche.

Noi costituzionalisti ci troviamo di fronte ad un'alternativa difficile, pesante e gravida di conseguenze molto rilevanti poi su tutto lo sviluppo dei nostri ragionamenti: sovranità o diritti. Mi sembra che questa alternativa sia stata presente in tutto il dibattito di questi due giorni. È sempre più evidente alla consapevolezza culturale e, io direi, anche morale e politica, dei costituzionalisti europei che questa alternativa drammatica del presente, che già era in nuce nelle carte costituzionali, che già è venuta sviluppandosi attraverso significative decisioni delle corti costituzionali, che già aveva precedenti importanti nella giurisprudenza della Corte Suprema americana, oggi è pressante, talmente lampante da non consentire neanche al più incallito dei positivisti di ignorarla.

Ed è proprio l'angolo visuale da cui molti dei relatori e degli interventori hanno guardato a queste problematiche ci dimostra che dobbiamo fare una scelta, da cui poi trarremo tutte le conseguenze. E se, per caso, qualcuna delle conseguenze che traiamo è in contrasto con questa o quella sentenza, beh, io non mi spaventerei, perché, ripeto, dobbiamo distinguerci.

La bussola di orientamento rappresentata dal principio di massima espansio-

ne dei diritti è importantissima per poter orientarsi in alcuni dei problemi sollevati nella bella relazione di Fiammetta Salmoni.

In questo costituzionalismo a più piani – secondo il quale non si sa bene se i confini si aprono o si chiudono, quando e come – noi per dare, o tentare di dare, una spiegazione sistematica e cercare di inquadrare i fenomeni in una categoria qualsiasi, dobbiamo vedere se la dottrina dei controlimiti si basa sulla sovranità o sui diritti. Se essa si basasse sulla sovranità, salterebbe in aria il principio della diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno e si dovrebbe tornare alla situazione complicata esistente prima del 1984. Se essa si basasse invece sui diritti, ci sarebbe una spiegazione che potremmo continuare a percorrere, ossia quella della oggettivizzazione della sovranità nei diritti sostanziali, nei valori.

In altre parole, il diritto comunitario passa la frontiera senza problemi, anzi la frontiera non esiste, ma la stessa frontiera si chiude immediatamente se c'è una lesione dei diritti fondamentali. E perché si chiude? Chi la chiude? La chiude la Corte costituzionale. Ma, sulla base di quale autorità? Non certo sulla base di un'autorità basata su precetti legislativi, non certo su una sovranità propria della Corte costituzionale, non certo su una sovranità dello Stato che, probabilmente, nella sua espressione politica, ha contribuito a costruire la norma che lede i diritti fondamentali. Non dimentichiamoci che un'ipotetica norma comunitaria che lede i diritti fondamentali viene da Bruxelles, ma lì c'è anche il governo italiano, c'è quindi il soggetto istituzionale che rappresenta lo Stato italiano. E però poi la Corte costituzionale gli chiude la porta in faccia. Per quale motivo? Perché ritiene che la Costituzione italiana non possa essere prevaricata da quella norma, in quanto c'è una riserva di fondo, c'è la riserva di un nucleo fondamentali di valori intangibile da qualsiasi autorità soggettiva, sia essa nazionale o sovranazionale.

Questo è duro da digerire, perché mette in discussione quel primato della politica che rappresenta il grande portato della democrazia contemporanea. Il primato della politica non può mai arrivare alla eversione dei diritti fondamentali. Ciò in quanto è venuta meno la base di sovranità.

E, allora, questi diritti fondamentali dove stanno, dove poggiano?

Le risposte possono essere di vario genere. Poggiano sulla sovranità nazionale, ma questa spiegazione difficilmente potrebbe essere accettata. Poggiano su una inesistente sovranità europea, anche questo è difficile accettarlo. Poggiano su una posizione salvifica e miracolistica della corti di giustizia; ma, anche qui, queste corti di giustizia appaiono librate in uno spazio vuoto, una volta che abbiamo tolto sia la base della sovranità nazionale sia quella della sovranità sovranazionale, ancora più problematica di quella nazionale.

Probabilmente la risposta consiste nel negare legittimità alla domanda.

Non poggiano su altro che su se stessi, così come Carlo Magno poggiava simbolicamente il suo potere su se stesso. Se si fa il salto nel senso di dire che i diritti fondamentali, i valori fondamentali, che oggi stanno alla base della civiltà giuridica europea e mondiale, sono quelli che noi scegliamo, questi poggiano su se stessi, sono autofondati. Non li ha dati nessuno, nessuno li può togliere. Qualcu-

no li può distruggere, come poteva essere ammazzato anche il sovrano assoluto. Ma, noi dobbiamo tenere conto che la possibilità di distruggere qualcosa non significa che quel qualcosa sul piano giuridico non abbia la possibilità di autofondarsi.

Un momento interessante di verifica di questa tendenza – che va ulteriormente approfondita, rispetto alla quale dobbiamo prendere delle consapevoli scelte ed è stata ultimamente, anche stamattina ricordata – di alcuni giudici comuni a considerare equiparata la CEDU al diritto comunitario. Probabilmente questi giudici, come spesso è successo in passato e come è normale che sia, hanno più fantasia e coraggio dei giudici delle corti supreme nazionali o sovranazionali.

Che significa l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario? Significa che, al di là di un'evidente forzatura dal punto di vista formale, noi riusciamo, o riusciremo, finalmente a seguire un sentiero fino all'unificazione di tutto questo materiale disordinato in una elaborazione giurisprudenziale complessiva dei diritti fondamentali, basata, per ora e in attesa dell'arrivo del grande legislatore, sul principio che qualunque giudice che venga investito di una questione relativa ad un diritto fondamentale, nell'ambito delle norme esistenti, interpreterà queste ultime in modo tale da dare a quel diritto la massima espansione possibile. Ovviamente in modo compatibile con i limiti estremi del linguaggio normativo. Sussistono infatti limiti estremi oltre i quali non si può andare. Nell'ambito di essi, il giudice dovrà tentare non di declinare competenze o di sollevare conflitti, ma di risolvere il problema di tutela che gli viene sottoposto.

Se questa fosse la stella polare sia delle corti supreme, che delle corti nazionali e dei giudici comuni, potremmo probabilmente sopravvivere, tirare a campare in un momento in cui, in effetti, c'è molta confusione. Anche se sarà l'evoluzione politica a doverci fornire delle risposte soddisfacenti, che finalmente eliminino queste possibili conflittualità.

Oggi il cittadino si trova di fronte ad un variegato arsenale di tutela e forse questo deve essere visto come possibilità di impugnare lo strumento che nella situazione data e rispetto alla lesione subita, o rispetto alla carenza manifestata, appare quello più adatto da seguire in quel momento preciso.

Poi ci sarà la razionalizzazione normativa e scientifica. La teoria, diceva Hegel, è come la nottola di Minerva, si alza sul far della sera.

I grandi sistemi di pensiero nascono in genere quando l'oggetto di questi sistemi è già in parte superato. Probabilmente avremo chi farà una grande teorizzazione del diritto costituzionale europeo quando non servirà più, ossia quando ci sarà una nuova prospettiva contro la quale, in nome della grande teorizzazione del diritto costituzionale europeo, ci scaglieremo in modo furibondo, dicendo che si tratta di cose che non rispondono alle nostre categorie e che ci rifiutiamo di accettare.

Io, come avete visto, ho poche idee, ma fortemente confuse. Una sola idea ho in mente come idea guida per orientarmi sui casi specifici sui quali non sono potuto entrare per questioni di tempo, che era quella idea che per tutta la vita affermò in modo inesausto Paolo Barile, ossia la massima espansione dei diritti di

libertà, la massima espansione dei diritti fondamentali.

Ecco perché tutte le volte in cui si discute sui limiti e sulla loro estensione, bisognerebbe, sul piano strettamente ermeneutico e ricostruttivo, non spostare l'attenzione dai limiti stessi alla consistenza del diritto. Molto spesso non ci accorgiamo che mentre discutiamo sui limiti entriamo invece in un campo diverso che è quello della valutazione della consistenza del diritto. Ma le due cose sono molto differenti, in quanto se volessimo identificare dei limiti che fossero accettabili nell'ambito di un ordinamento più vasto degli ordinamenti nazionali, potremmo, sulla base del principio della massima espansione del diritto, trovare quello meno forte. Mentre se ci basiamo su una comune accettazione della consistenza di un diritto, ci baseremmo sul diritto meno consistente perché è quello più accettato.

Cambia radicalmente il punto di vista: nell'un caso, imporremmo il limite più incisivo e quindi imporremo il diritto meno consistente. E le due cose combacerebbero perfettamente.

Se, invece, ci mettessimo a guardare la realtà da un altro angolo visuale, andremmo a tutelare il diritto nella massima consistenza in cui viene fuori. L'obiezione è facile: tutto ciò è poco realista, in quanto potrebbero esserci reazioni politiche molto forti. A questo proposito vorrei ribadire ciò che ho detto all'inizio; noi abbiamo un compito deontologico, il realismo lasciamolo ai governi e alle corti nell'ambito della loro sacrosanta responsabilità.

Finito di stampare nel mese di luglio 2003
nella Stampatre s.r.l. di Torino
Via Bologna, 220