



Università degli studi di Napoli
"L'Orientale"

Diritti o giudizi?

Le libertà tra regole e casistica interna ed europea in una riflessione comparata

a cura di
Emma A. Imparato

photocity.it
EDIZIONI



NAPOLI 2014

Proprietà letteraria riservata

photocity.it
EDIZIONI



University Press

© Napoli 2014

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati. Sono pertanto vietate la conservazione in sistemi reperimento dati e la riproduzione o la trasmissione anche parziale, in qualsiasi forma e mezzo (elettronico, meccanico, incluse fotocopie e registrazioni) senza il previo consenso scritto dell'editore.

INDICE

EMMA A. IMPARATO, <i>Introduzione</i>	7
TOMMASO EDOARDO FROSINI, <i>Presentazione</i>	13

PARTE I

I DIRITTI FONDAMENTALI IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA. TRA TEORIA E GIURISPRUDENZA

PASQUALE CIRIELLO, <i>Società globalizzata e diritti umani: una convivenza difficile</i>	19
EMMA A. IMPARATO, <i>Diritti fondamentali e principio di proporzionalità: dalla “tirannia dei valori” alla tirannia dei giudici nell’esempio tedesco</i>	31
LAURA MONTANARI, <i>Rapporto tra CEDU e ordinamenti nazionali: un quadro comparato</i>	53
ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, <i>Artículo 10.2 CE: estándares convencionales y jurisprudencia del TC</i>	75
FRANCESCO ZAMMARTINO, <i>Diritti fondamentali e tutela del giudice amministrativo. Brevi spunti alla luce delle recenti sentenze nazionali e della Corte europea dei diritti di Strasburgo</i>	93
GIUSEPPE CATALDI, <i>Appunti sul dialogo tra Corti nazionali e Corti sopranazionali</i>	121

PARTE II

ALCUNI CASI SPECIFICI. TRA BIOETICA E DIRITTI UMANI

RAFFAELLA CRISTIANO, <i>I riflessi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli ordinamenti nazionali in tema di procreazione medicalmente assistita</i>	141
ANNA LIGUORI, <i>Alcune osservazioni sull’ordinanza della Corte Costituzionale di restituzione degli atti ai giudici remittenti in seguito a sopravvenuta pronuncia della Corte di Strasburgo in materia di fecondazione eterologa</i>	159
ADELE DEL GUERCIO, <i>La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell’orientamento sessuale nell’ordinamento europeo e in quello italiano</i>	173

EMMA A. IMPARATO

INTRODUZIONE

Il presente volume raccoglie innanzitutto gli Atti del convegno “Spagna vs Italia: i diritti umani tra giurisprudenza costituzionale interna ed europea” tenuto presso il Dipartimento di Scienze Umane e Sociali dell’Università di Napoli L’Orientale, il 10 dicembre 2012, con la partecipazione di studiosi italiani e stranieri, provenienti da settori disciplinari diversi, dal diritto internazionale al diritto comparato. Vi sono inoltre pubblicati altri saggi richiesti in seguito sull’argomento a diversi colleghi al fine di completare la riflessione più generale con la trattazione di temi specifici.

Il convegno si poneva l’ardito obiettivo di fare chiarezza sui rapporti tra diritto interno e diritto europeo in tema di diritti fondamentali alla luce della giurisprudenza delle Corti nazionali e della Corte europea dei diritti dell’uomo tenendo in particolare considerazione il caso spagnolo caratterizzato da una esperienza in materia maturata da più tempo rispetto a quella italiana.

Diversi anni prima del nostro riformato art. 117 Cost. - che solo nel 2001 ha visto un’importante modifica volta a vincolare il depositario della funzione legislativa al rispetto, oltre che della Costituzione, dei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” - l’art. 10 della Costituzione spagnola, al comma 2, nel suo testo originario del 1978, ha infatti stabilito: “Le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, si interpreteranno in conformità alla Dichiarazione universale dei Diritti dell’uomo e ai Trattati e Accordi internazionali nelle stesse materie ratificate dalla Spagna”. In virtù di tale rinvio a fonti ‘esterne’, in Spagna esiste così da tempo l’obbligo, anche per il Tribunale Costituzionale, di interpretare le norme relative ai diritti fondamentali e alle libertà pubbliche contenute nel titolo primo in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti umani, e ai trattati e accordi internazionali sulle stesse materie ratificati dalla Spagna, “interpretazione che in nessun modo può prescindere da quella che, a loro volta, operano gli organi di garanzia stabiliti da questi stessi trattati e accordi internazionali” (Tribunal Constitucional, n.198 del 6 novembre 2012 e la sentenza ivi richiamata n. 116 del 24 aprile 2006, nonché nn. 50 del 21 febbraio 1989, 64 del 22 marzo 1991 e 38 del 28 marzo 2011).

Grazie a tale norma costituzionale l’interpretazione segue poi una logica per così dire ‘dinamica’: la disposizione interpretativa di cui all’art. 10, c. 2, è invero associata a una regola di interpretazione di tipo “evolutivo” giacché si pone in considerazione del fatto che “questi trattati si incorporano gradualmente e costantemente nell’ordinamento spagnolo, man mano che, stipulati nel seno della società internazionale, dell’Unione europea o del Consiglio d’Europa, la Spagna li ratifica” (Tribunal Constitucional, sentenza n. 198/2012).

Attraverso questo speciale 'sentiero d'ingresso' dato dal citato disposto costituzionale, il giudice spagnolo nell'interpretazione dei precetti costituzionali che tutelano i diritti fondamentali è andato così oltre lo stesso diritto costituzionale, pure utilizzato come parametro interno, per consentire in via immediata la prevalenza del parametro 'esterno': chiara è qui la volontà di aderire ai valori protetti dagli strumenti internazionali - tuttavia anche per come 'filtrati' dai relativi organi giurisprudenziali nella loro opera di esegesi - ed infine "incorporarsi" in un ordinamento giuridico internazionale, sia anche nei limiti dell'affermazione della difesa e della protezione dei diritti umani (Tribunal Constitucional n. 91 del 30 di marzo 2000).

L'esperienza spagnola diventa in tal modo per noi un vero e proprio banco di prova e in quest'ottica, in effetti, si era inteso utilizzarla nel dibattito del Convegno.

Nel nostro sistema, per la verità, il rapporto tra norme interne e innanzitutto europee, ancor prima che della CEDU, nonché tra giudici nazionali ed europei si profila piuttosto complesso.

Nell'ordinamento italiano, le "limitazioni di sovranità" per effetto dell'integrazione europea - sia pure in "condizioni di parità con gli altri Stati" - sono da ricondurre unicamente, a parere della Consulta anche dopo la riforma dell'art. 117 Cost., all'art. 11 Cost. come conseguenza voluta dagli stessi Padri costituenti - giacché ritenuta necessaria "ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni" - nel contempo, così riconoscendo alle norme comunitarie - oggi, europee - efficacia obbligatoria (Corte costituzionale n. 284 del 2007 e, prima, n. 170 del 1984). Non esiste un meccanismo automatico ed unitario di adattamento al diritto 'esterno' se non, sino alla riforma del 2001, per le "norme di diritto internazionale generalmente riconosciute" (art. 10 Cost., 1 c.) concernenti esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario.

L'eventuale contrasto tra fonti interne e fonti esterne non comportando l'automatica supremazia dell'una sull'altra, vede aprirsi la possibilità di un sindacato di validità dinnanzi ai giudici comuni che, attraverso una 'operazione ermeneutica', può arrivare alla disapplicazione della legge nazionale in conflitto con la normativa europea (solo qualora però questa sia direttamente applicabile), trattandosi della competenza dell'ordinamento comunitario - oggi europeo - invece di quello nazionale. Qualora tuttavia vengano in rilievo i parametri della Costituzione e del diritto internazionale, il contrasto non può essere risolto dal giudice comune ma solo innanzi alla Corte costituzionale grazie al giudizio incidentale di costituzionalità per violazione ieri del solo art. 11 Cost. e oggi, dal 2001, anche dell'art. 117 Cost., 1 c. L'assetto dei rapporti tra norme interne e norme dell'Unione europea non sembra insomma mutato con il novellato art. 117 Cost., 1 c.: con tale disposto si accoglie solo espressamente un principio generale di coerenza del rispetto di obblighi internazionali ed europei, o meglio - per dirla con Tesaurò - il "riconoscimento esplicito del primato delle norme comunitarie" già elaborato dalla giuri-

sprudenza in virtù dell'art. 11 Cost. Nell'interpretazione della Corte costituzionale, l'art. 117 Cost., 1 c., colmando una lacuna del sistema, garantisce il rispetto degli obblighi internazionali - ora, secondo la Consulta, anche di quelli derivanti da norme internazionali convenzionali diverse da quelle di cui alla previsione degli artt. 10 e 11 Cost. - "traducendoli in parametro di legittimità costituzionale delle leggi ordinarie di Stato e Regioni alla stregua di *norme interposte* tra queste e la stessa Costituzione" (C. cost. n. 349/2007).

Discorso distinto deve farsi però per le norme della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo (CEDU) costituendo il sistema a cui queste appartengono un sistema diverso da quello europeo: pur assumendo grande importanza, giacché tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali degli individui, le norme della CEDU sono considerate - dalla Consulta stessa e da gran parte della dottrina - come norme internazionali pattizie capaci, in quanto tali, di vincolare lo Stato, ma prive di effetti diretti nell'ordinamento interno. Queste integrano, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117 Cost., 1 c., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali". In termini non dissimili si è, d'altra parte, pronunciata la stessa Corte di giustizia che ha escluso l'assimilazione delle norme CEDU a quelle dell'UE in relazione all'effetto diretto e la disapplicazione della norma nazionale in caso di conflitto (Kamberaj, C-571/10, del 24 aprile 2012).

Ove vi sia contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, perciò, "il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica" (Corte Cost. n. 264/2012 e ivi le richiamate sentenze n. 236 e n. 113 del 2011; n. 93 del 2010; n. 311 del 2009). Qualora però questa verifica non conduca ad esito positivo e l'asserita incompatibilità non possa trovare risoluzione in via interpretativa, il giudice comune non può disapplicare la norma interna (non essendo quella della CEDU direttamente applicabile) né tanto meno applicarla, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU, nella interpretazione che ne ha fornito la Corte di Strasburgo, e pertanto con la Costituzione. Non gli resta allora che "denunciare la rilevata incompatibilità proponendo una questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Cost., 1 c., ovvero all'art. 10, 1 c., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta" (Corte Cost. n. 264/2012).

Il punto di equilibrio diviene così, innanzi al giudice delle leggi, il giudizio di bilanciamento avente ad oggetto, oltre agli altri interessi costituzionalmente tutelati, la norma CEDU quale norma interposta.

Problematico può divenire però il "dialogo" tra giudici perché, se il nostro giudice costituzionale non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella data in occasione della sua applicazione al caso di specie

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, può anche giungere a soluzioni discordanti dal collega di Strasburgo nella specie considerata. Il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve infatti essere effettuato mirando alla "massima espansione" delle garanzie - laddove la tutela dei diritti fondamentali impone una "valutazione sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro" - e la Corte può anche perciò, in virtù di quel bilanciamento, solo ad essa spettante, effettuare valutazioni nella specie diverse da quelle svolte dalla Corte EDU (Corte Cost. n. 264/2012).

Non vi è chi non veda allora come i problemi da affrontare e risolvere nel convegno del quale si pubblicano qui gli Atti si prospettassero particolarmente complessi e numerosi.

Peraltro, non intendendo limitare il problema dei rapporti con la CEDU al solo ordinamento italiano e volendo estenderlo anche ad altri ordinamenti - oltre alla Spagna - si è cercato di verificare i modelli normativi, in una prospettiva più generale, di altri Paesi senza però trascurare le questioni in punto di tutela, di garanzie e giustiziabilità dei diritti fondamentali, sino a prender in considerazione tematiche più specifiche e delicate come quelle riguardanti la procreazione assistita e l'asilo per ragioni legate all'orientamento sessuale.

Il volume si apre così con la *Presentazione* al tema trattato nel volume di Tommaso Edoardo Frosini, che sofferma l'attenzione sulla collocazione della Cedu nel sistema delle fonti italiane e sulle ricadute sul piano della declinazione dei diritti nazionali, per articolarsi poi in due parti: la prima dedicata a "I diritti fondamentali in una prospettiva comparata. Tra teoria e giurisprudenza"; la seconda, contenente alcuni saggi più puntuali denominata "Alcuni casi specifici. Tra bioetica e diritti fondamentali".

Pasquale Ciriello, nel saggio *Società globalizzata e diritti umani: una convivenza difficile?* si interroga sul senso del proclamare oggi - "in un'epoca in cui ancora tiene campo lo scenario di un possibile scontro di civiltà" - il valore universale dei diritti umani, considerando la questione in riferimento non solo al mondo Occidentale, ma anche a quello Islamico, sino a toccare l'Estremo Oriente.

I lavori successivi intendono riflettere sui principi e sui modelli di tutela dei diritti umani in chiave comparata, a partire dalla Germania, passando per la Gran Bretagna per arrivare infine alla Spagna, paese - come già detto - al centro dell'attenzione nel convegno del 2012.

In particolare con il saggio *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità: dalla "tirannia dei valori" alla tirannia dei giudici*, cerco di analizzare gli approcci che dall'ordinamento tedesco si sono diffusi, attraverso il diritto europeo, all'interno di diversi ordinamenti nazionali, determinando infine una "svalutazione" dei diritti fondamentali innanzi ai giudici, a loro volta trasfigurati sempre più in 'arbitri'. Nel suo saggio *Rapporto tra CEDU e ordinamenti nazionali: un quadro comparato*, Laura Monta-

nari effettua un'attenta ricostruzione dei vari modelli normativi nazionali oggi vigenti e dei modi in cui essi incidono sulla tutela dei diritti, con particolare considerazione del Regno Unito, quale importante caso ben in grado di porre in luce la complessità dei rapporti tra i sistemi nazionali e quello della Cedu. Nel successivo contributo Antonio Lopez, *Artículo 10.2 CE: estándares convencionales y jurisprudencia del TC*, dedica la sua attenzione all'esperienza spagnola, focalizzando la riflessione sulla clausola costituzionale di cui all'art. 10.2 in materia di diritti fondamentali e sul suo rapporto 'elastico' con le fonti internazionali. Seguono, poi, i contributi di Francesco Zammartino, *Diritti Fondamentali e Tutela del Giudice Amministrativo. Brevi spunti alla luce delle recenti sentenze nazionali e della Corte Europea dei diritti di Strasburgo*, sulla recente evoluzione che vede il giudice amministrativo assumere un ruolo nuovo in materia di tutela dei diritti, alla luce di sentenze sia nazionali che europee, e di Giuseppe Cataldi, *Appunti sul dialogo tra Corti nazionali e Corti sopranazionali*, che - a chiusura della prima parte - è volto a chiarire, in maniera lucida ed efficace, i rapporti tra Corti interne ed europee in punto di garanzie dei diritti fondamentali.

La seconda parte del volume contiene alcuni contributi dedicati a casi specifici in ordine ai rapporti tra bioetica e diritti umani. I saggi di Raffaella Cristiano, *I riflessi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sugli ordinamenti nazionali in tema di procreazione medicalmente assistita*, di Anna Liguori, *Alcune osservazioni sull'ordinanza della Corte Costituzionale di restituzione degli atti ai giudici remittenti in seguito a sopravvenuta pronuncia della Corte di Strasburgo in materia di fecondazione eterologa* nonché, in ultimo, di Adele Del Guercio, *In fuga dalla criminalizzazione in ragione dell'orientamento sessuale. La protezione dei richiedenti asilo LGBT nella CEDU e nell'ordinamento italiano*, sono volti a riflettere, in maniera puntuale, sui rapporti tra le Corti e sull'impatto della giurisprudenza europea sull'ordinamento interno in merito a temi specifici come la fecondazione eterologa e l'omosessualità.

Mi è doveroso infine aggiungere alcuni ringraziamenti poiché questo lavoro non sarebbe stato possibile senza il contributo fondamentale dei colleghi della mia Università.

Un primo ringraziamento va al Direttore del Dipartimento, Rosario Sommella, che non ha fatto mancare il supporto economico ed anche morale necessario all'organizzazione del Convegno, nonché al Prorettore Giuseppe Cataldi, che ha contribuito scientificamente e organizzativamente alla riuscita della stessa manifestazione. Sentita riconoscenza va poi al Professore Pasquale Ciriello che ha seguito con attenzione l'iniziativa e ha partecipato al dibattito.

Particolare gratitudine devo infine a Tommaso Edoardo Frosini che con la sua gentile disponibilità e il suo fattivo supporto mi ha incoraggiato, rendendo possibile lo svolgimento dell'iniziativa e la presente pubblicazione.

Napoli, Novembre 2013

Emma A. Imperato

TOMMASO EDOARDO FROSINI

PRESENTAZIONE

1. La giornata di studio, i cui *Atti* qui si pubblicano, organizzata dalla Università degli studi di Napoli L'Orientale, grazie all'impegno di Emma Imparato, affronta un tema di grande attualità giuridica e foriero di continui sviluppi. Infatti: i rapporti fra la Cedu e le Costituzioni nazionali della UE stanno caratterizzando lo spazio giuridico europeo con significative ricadute sul piano della declinazione dei diritti nazionali, anche e soprattutto sulla base delle decisioni delle Corti costituzionali.

Conviene partire dal riconoscimento della espansione dei diritti, che si manifesta attraverso il c.d. "*multilevel protection*": da ciò ne discende che la tutela degli stessi va cercata per trovarla a vari livelli ordinamentali: statali, europei, internazionali; e quindi, una costante potenziale sovrapposizione di norme originate in "ambienti" culturali diversi. La tutela multilivello dei diritti si declina attraverso una sorta di *sistema integrato* di protezione dei diritti fondamentali, che in Europa coinvolge il livello internazionale (Cedu), il livello sovranazionale (Carta dei diritti UE e giurisprudenza della Corte di giustizia), il livello nazionale (Costituzione). Questo certamente determina una maggiore garanzia ma crea alcuni problemi, vuoi perchè lo stesso diritto fondamentale non sempre è regolato alla stessa maniera, o non sempre esprime lo stesso contenuto oggettivo; vuoi perchè taluni diritti sono contemplati in un livello e non in un altro, e così pure i contenuti tipici dei diritti possono essere interpretati in maniera diversa. Si va quindi sempre più verso la configurazione di un unitario sistema ordinamentale a vocazione circolare, dove cioè regole e principi di provenienza diversa si completano, si immedesimano e si integrano attraverso un processo sempre più crescente di internazionalizzazione del diritto costituzionale, ovvero – se piace di più – di costituzionalizzazione del diritto internazionale.

2. Valga l'esempio della collocazione della Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto. Provo a riassumere la questione in punto di posizioni dottrinali: una parte della dottrina ha sostenuto che la Cedu conterrebbe alcune disposizioni, che codificano consuetudini internazionali o principi internazionali generalmente riconosciuti; da ciò ne discende che le disposizioni convenzionali, che costituiscono codificazione di tali principi, debbono rientrare nell'ambito di applicazione dall'art. 10, comma primo, della Costituzione ed essere soggette all'adattamento automatico di livello costituzionale da esso previsto. E' una tesi che si avvale di una linea argomentativa talvolta sposata anche dalla Corte costituzionale, a esempio nella sentenza n. 48 del 1979 a proposito delle immunità diplomatiche. Emerge

però qualche problema di disomogeneità riguardo al valore giuridico della Convenzione europea: infatti, la stessa Convenzione conterrebbe in alcuni casi norme di rango costituzionale, in quanto riproductive di principi consuetudinari del diritto internazionale, mentre altre disposizioni della Convenzione dovrebbero godere soltanto del rango di fonte primaria o legislativa, dal momento che si tratterebbe puramente e semplicemente di fonti di diritto internazionale pattizio.

Altra tesi dottrinale è quella riferita all'art. 11 Cost.: al pari dei trattati istitutivi delle Comunità e dell'Unione europee, anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo rientrerebbe tra i trattati attraverso i quali la Repubblica italiana consente alle limitazioni di sovranità per favorire la nascita di un ordine internazionale basato sulla pace e la giustizia fra i popoli. Se così fosse però anche alla Cedu dovrebbe applicarsi tutta la giurisprudenza costituzionale sul primato delle norme comunitarie, nonché la dottrina dei controlimiti elaborata dalla Corte costituzionale.

C'è poi la tesi, avanzata in dottrina, dell'art. 2 della Costituzione come norma a fattispecie aperta dei principi generali sui diritti inviolabili. Tesi che, dopo essere stata poco seguita anche dalla giurisprudenza costituzionale, ha oggi – da parte della dottrina, della giurisprudenza ordinaria e in parte anche della giurisprudenza costituzionale – avuto significativi segni di disponibilità al riconoscimento di “nuovi diritti inviolabili” non scritti in Costituzione. Certo, aprendo la Costituzione italiana al riconoscimento di nuovi diritti tramite l'art. 2 Cost. integrato dalle Carte internazionali, si finisce per delegare a giudici esterni – sia alla Corte di Strasburgo che alla Corte di Lussemburgo – la determinazione dei contenuti dei nuovi diritti, alterando contemporaneamente i bilanciamenti tracciati dalla Costituzione italiana. E allora, per limitare la creatività dei giudici nazionali e della Corte costituzionale italiana si fa spazio, in realtà, all'attivismo delle Corti europee.

La novella dell'art. 111 Cost. è emblematica di un chiaro influsso dell'art. 6 della Cedu (sul giusto processo e la ragionevole durata dello stesso) e delle interpretazioni che di esso ha sviluppato la Corte di Strasburgo, cosicché tale disposizione costituzionale potrebbe essere considerata come una clausola che “importa” automaticamente nell'ordinamento italiano non solo i principi della Convenzione, ma anche le interpretazioni della Corte di Strasburgo in proposito.

Infine, la modifica dell'art. 117, comma primo, Cost., che ora recita: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Quindi, la norma adesso, in modo esplicito, offre a tutti i trattati internazionali la copertura costituzionale determinandone una capacità di resistenza all'abrogazione, cosicché il legislatore successivo deve sempre rispettare i trattati internazionali sottoscritti e regolarmente recepiti in Italia. È l'internazionalizzazione del diritto costituzionale, ovvero la costituzionalizzazione del diritto internazionale. Il diritto internazionale, quindi, non è più “altro” rispetto al sistema ordinamentale applicabile dal giudice nazionale, ma entra a farne parte. Si viene così a esaurire la prospettiva “statocen-

trica” esaltando una nuova configurazione della teoria delle fonti del diritto e – soprattutto – della teoria dell’interpretazione: prassi e convenzioni internazionali e norme comunitarie vengono quindi a comporre il sistema ordinamentale al quale il giudice si deve sentire sottoposto sulla base del principio di legalità, che significa osservanza e applicazione delle leggi e di qualsiasi norma che compone il diritto oggettivo.

3. L’interpretazione della norma costituzionale (art. 117 Cost.), e proprio con riferimento alla collocazione e significato costituzionale della Cedu, è stata data dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, che segnano l’inizio di una nuova epoca nei rapporti con la Cedu.

La Corte ha precisato innanzi tutto che i giudici comuni non possono disapplicare le norme interne ritenute in contrasto con la Cedu, neppure quando tale contrasto sia stato accertato dalla Corte di Strasburgo. La Corte dimostra l’impossibilità di assimilare la Cedu al diritto comunitario, e specialmente l’impossibilità di attribuire alle norme convenzionali l’effetto diretto «nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto». In particolare, la Corte ha evidenziato le profonde differenze tra l’ordinamento comunitario, l’adesione al quale trova fondamento costituzionale nell’art. 11 Cost., e la Cedu, che «non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme giuridiche direttamente applicabili negli Stati contraenti». Essenziali i riferimenti, invece, per dimostrare che la disapplicazione delle norme interne non può essere giustificata dal carattere “speciale” della Cedu: sul punto la sentenza n. 349 del 2007 si limita a dare atto che l’*obiter dictum* contenuto nella sentenza n. 10 del 1993 «è rimasto senza seguito». Escluso che la Cedu rientri nel campo di applicazione dell’art. 11 Cost., e che quindi possa ipotizzarsi una “cessione di sovranità” nel campo dei diritti fondamentali, la Corte osserva che la Cedu, come gli altri trattati internazionali, rientra nel campo di applicazione dell’art. 117, comma 1, Cost. Tale norma, imponendo al legislatore ordinario l’obbligo di rispettare gli “obblighi internazionali”, implica che la norma nazionale incompatibile con la Cedu «viola per ciò stesso tale parametro costituzionale». Le norme interne di adattamento alla Cedu vantano dunque un «rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria», tanto da poter essere qualificate come “norme interposte”. Da questa “copertura costituzionale” discende che il giudice comune, in presenza di un contrasto tra la norma interna e la disposizione convenzionale “interposta”, che non possa essere risolto in via interpretativa, deve sollevare la questione di costituzionalità della legge interna rispetto al parametro dell’art. 117, comma 1, Cost. Spetta quindi alla Corte costituzionale applicare il parametro “interposto” nei giudizi di costituzionalità, che sarà stato assunto dalle decisioni della Corte di Strasburgo. Ciò non significa, ha tuttavia precisato la Corte, «che le norme della Cedu, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano

la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte» dal momento che, collocandosi “ad un livello sub-costituzionale” devono comunque risultare conformi alla Costituzione. Nell’ipotesi di una norma interposta contraria alla Costituzione, «[la] Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano».

Sulla base di quanto sostenuto nelle sentenze della Corte, allora, i giudici comuni, quando la legge ordinaria presenta profili di contrasto con un diritto fondamentale, possono: interpretare la norma interna in modo conforme alla norma internazionale, ovviamente come ricostruita attraverso la giurisprudenza europea; ovvero, sollevarne la questione di legittimità costituzionale invocando come parametro di giudizio sia le disposizioni costituzionali in materia di diritti sia le corrispondenti disposizioni della Cedu, come interpretate dalla Corte di Strasburgo. La scelta di quale parametro invocare (se una norma della Cedu, la corrispondente norma della Costituzione o entrambe) finirà per dipendere dagli orientamenti giurisprudenziali che saranno maturati al riguardo. La sentenze di Strasburgo sono destinate quindi ad acquisire un sempre maggiore rilievo anche ai fini della definizione dei giudizi interni. Questo potrebbe portare a dover affrontare (e risolvere) un problema riferito all’interpretazione di una disposizione della Cedu fornita dalla Corte europea nell’ambito di una decisione resa nei confronti di altri Stati, possa assumere carattere vincolante per il nostro legislatore. In effetti, un conto è una pronuncia resa in un giudizio di cui l’Italia è stata parte, e nell’ambito del quale è stato possibile evidenziare le peculiarità del nostro ordinamento giuridico e i principi del nostro sistema costituzionale. Completamente diverso è invece lo scenario relativo ad un procedimento nei confronti di un altro Stato, magari caratterizzato da un sistema giuridico assai diverso dal nostro.

Come si vede, un tema – quello della Cedu e le Costituzioni nazionali – che ha tanti e significativi profili in punto di diritto interno e comparato. Questo volume vuole offrire un contributo alla studio e alla discussione.

PARTE I

**I DIRITTI FONDAMENTALI IN UNA PROSPETTIVA
COMPARATA. TRA TEORIA E GIURISPRUDENZA**

PASQUALE CIRIELLO

SOCIETÀ GLOBALIZZATA E DIRITTI UMANI: UNA CONVIVENZA DIFFICILE?

1. Parlare oggi di diritti umani può rappresentare, paradossalmente, un'operazione al tempo stesso molto semplice, ma anche assai complessa.

Ove, infatti, si assuma l'angolazione di un Paese di democrazia occidentale 'matura', il riconoscimento del valore e del significato dei diritti umani sembra essere diventato senso comune nel discorso pubblico: non è facile di fatto trovare qualcuno che neghi quest'impostazione o si opponga ad una generalizzazione dell'applicazione di tali diritti.

Se, però, si prova ad affondare l'analisi su quali possano essere i migliori strumenti di garanzia e tutela dei diritti umani già all'interno di uno stesso Paese, ma ancor più fra Paesi e società di diverse tradizioni culturali, politiche, religiose, la questione si complica di molto e il discorso rischia di non decollare¹.

In realtà, a fronte di una diffusa sensibilità che ci porta oggi a condividere l'affermazione di Martin Luther King secondo cui "un'ingiustizia commessa in qualsiasi luogo è una minaccia alla giustizia dovunque", sol che si rifletta sul tema si presentano grosse difficoltà. Proviamo ad elencarne alcune.

Anzitutto, la ricorrente considerazione che alla globalizzazione dell'economia non ha corrisposto una parallela evoluzione del diritto che ha lasciato sguarnite da concreta disciplina molte posizioni giuridiche. Si è osservato che, in questa maniera, l'"ordine dell'egoismo ha sostituito il mito degli eguali, trasformando l'eguale diritto alla libertà formulato da Kant in una libertà che cancella il diritto"².

In realtà, a recedere, in una con l'affievolimento della sovranità degli Stati, è stata la normazione di diritto pubblico³ in favore dell'affermazione di "un'opaca, ineffettiva *lex mercatoria*", integrata, spesso derogata da prassi commerciali, decisioni giurisprudenziali, regole poste da *Authorities* di diversa natura, in un mix che

¹ La bibliografia sui diritti umani è assolutamente sterminata. Per un'efficace sintesi del problema, v., per tutti, Antonio Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Bari, 2005 e Alessandra Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, Il Mulino Bologna, 2007, la quale ultima rileva (p. 22) che "la prima formulazione dell'idea di diritti soggettivi naturali è stata rintracciata in uno scritto di Guglielmo di Ockham (1290-1359), il quale, intervenendo in difesa dell'ordine francescano contro il papato, menziona diritti naturali di libertà attribuiti da Dio ai mortali che dovrebbero prevalere sul diritto stabilito dagli uomini".

² Guido Rossi, *Paper* dell'intervento tenuto al Festival della mente di Sarzana (30-31 Agosto 2013). Peraltro, l'A. era già intervenuto ripetutamente sul tema. V., ad esempio, "La crisi più grande? Quella del diritto", *Il sole 24 ore*, 2/9/2012, dove osservava come "a un'economia globalizzata, facilitata da una tecnologia sempre più vorticosamente veloce, non è corrisposta una nuova *lex mercatoria* e (...) alla tutela normativa dei diritti si è sostituita la disciplina dei contratti".

³ Maria Rosaria Ferrarese, *Prima lezione di diritto globale*, Laterza, Bologna, 2012.

affievolisce il senso del comando legislativo, relegato quasi in una posizione di secondario rilievo⁴.

Al riguardo, è stato osservato, non senza fondamento⁵, che il “diritto globale” tende a porsi come un “diritto senza autori” (per cui la perdita di potere normativo “porta il diritto ad assumere un carattere prevalentemente regolativo e procedurale attraverso l’allestimento di corsie giuridiche, lungo le quali i contenuti sostanziali tendono ad emergere come risultato di una negoziazione tra le parti”); “un diritto senza misura”, cioè senza un preciso ambito territoriale di riferimento e di applicazione, mirando a corrispondere a quella “poligamia dei luoghi” che – secondo U. Beck⁶ – è caratteristica della globalizzazione; “un diritto senza società”, che “ si dibatte in una forbice astratto/concreto... viene a contatto con soggetti specifici e concrete entità o attività che si svolgono in un dato territorio, o evoca un’entità astratta per eccellenza come quella di ‘umanità’, attraverso nozioni come ‘patrimonio comune dell’umanità’, ‘diritti umani’, ‘crimini contro l’umanità’, con le loro promesse di universalismo”⁷.

In secondo luogo – come ha osservato Biagio de Giovanni⁸ – un mondo vecchio è andato in crisi e i processi di globalizzazione stanno trasformando le categorie fondamentali della democrazia, mentre “dell’impianto originario sono rimasti soltanto i diritti. Sembra che tutto si concentri intorno a questi: tendenza all’egualizzazione dei diritti e all’estensione della platea che ne gode. Ma i diritti non hanno più intorno quella costruzione istituzionale che li faceva percepire come pezzi del sistema democratico.

Dunque, la democrazia tende ad esaurirsi nella questione dei diritti. Nel frattempo la decisione politica si è andata distaccando dai processi di legittimazione del passato”⁹.

⁴ Quasi nello stesso senso si esprime Guido Rossi, *luogo ult.cit.* secondo cui “il potere economico e quello politico sono andati disgregandosi in reti, corporazioni e meccanismi di autoregolazione parziale che impediscono un’unità di decisione e di regole onnicomprensive”. Secondo Maria Rosaria Ferrarese, cit., p.64, “ con il diritto globale siamo di fronte ad una giuridicità composita, fatta di pezzi diversi e spesso sfuggenti ad una chiara catalogazione. Si parla di ‘diritto postmoderno’ proprio per alludere a questa tendenza ad assumere un carattere variegato e composito (...) Il diritto globale si presenta come un oggetto snodabile, che si riarticola di continuo, rinunciando in gran parte ad una forma fissa e definita”.

⁵ Maria Rosaria Ferrarese, cit., p.77 ss.

⁶ Ulrik Beck, *Che cos’è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1997.

⁷ Maria Rosaria Ferrarese, cit., p. 85. Per l’A. (p.79) “di fronte a tutte queste scomposizioni e ricomposizioni sociali emerge una sorta di ‘impossibilità della legislazione’, quasi che quella ‘fonte’, con la compattezza delle sue formulazioni e con il suo carattere generale e astratto, sia impossibilitata a regolare un universo sociale variamente frantumato e con accentuate tendenze dispersive”.

⁸ Intervista al *Corriere della sera* del 10/8/2013.V. anche Alessandra Facchi, cit., p. 150, secondo cui oggi “ogni rivendicazione sociale tende a presentarsi nei termini di un diritto... La proliferazione dei diritti è tuttavia soprattutto proliferazione della retorica dei diritti... (che) non hanno una tutela, a volte nemmeno una precisa formulazione giuridica”.

⁹ V. anche Maria Rosaria Ferrarese, cit., p. 80 ss.

2. Di fronte a questo scenario, quale reale senso ha continuare a parlare di ‘universalità’ dei diritti umani? Quale che sia il fondamento che se ne riconosce - la *divinità* (come sembrerebbe suggerire anche la lettura della Dichiarazione d’indipendenza degli Stati Uniti del 4/7/1776), con l’effetto di trasformare i diritti umani in una sorta di ‘nuova religione dell’umanità’; la *legge di natura* o, come più tardi avrebbe spiegato I. Kant nella ‘Metafisica dei costumi’ (1797), la dignità della persona umana, perché “il rispetto che ho per gli altri è il riconoscimento della dignità che è negli altri”¹⁰ - e senza riprendere *funditus* una questione già largamente dibattuta, può dirsi con N. Bobbio che ogni ricerca di fondamento assoluto è sbagliata, e che l’unico fondamento possibile per i diritti umani è quello storico-politico del consenso degli Stati manifestatosi attraverso la ratifica dei Trattati internazionali concernenti i diritti dell’uomo¹¹.

Se questo è vero, l’universalità dei diritti umani cessa di essere un postulato astratto ed assiomatico, per divenire realisticamente un obiettivo cui tendere, con l’affermazione della stessa Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo approvata il 10/12/1948 dall’Assemblea Generale dell’O.N.U. come un documento ‘a vocazione universale’¹², pur dovendosi rilevare come, nel tempo, molti dei principi enunciati nella Dichiarazione siano divenuti norme di diritto internazionale consuetudinario, come tali vincolanti tutti gli Stati¹³.

E, d’altronde, il tentativo di ‘regionalizzare’ il tema dei diritti umani risulta abbastanza evidente sol che si guardi ai vari documenti approvati a valle della Di-

¹⁰ Ronald Dworkin, *Giustizia per i ricchi*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 385, alla domanda “i diritti umani sono veramente universali?”, risponde “Sì e no... Il giudizio interpretativo deve essere sensibile a condizioni economiche e a storie e a profili politici e culturali diversi (...) Ma il criterio astratto in sé - la concezione fondamentale che la dignità richiede eguale considerazione per le sorti di tutti e pieno rispetto per la responsabilità personale - non è relativo. È autenticamente universale”. Assai più netta, invece, la posizione di Paolo Flores d’Arcais, *Democrazia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 32, secondo il quale “la debolezza della democrazia è la sua mancanza di fondamento. Non può essere solida come un *Logos*, il cui *Nomos* è redatto da Dio, legge perciò sia Naturale che Razionale (nasce da qui l’illusoria istanza metafisica con cui i diritti civili, mutevoli, vengono presentati come eterni diritti umani). Il suo *Logos* sono i cittadini che la costituiscono, e che possono ‘democraticamente’ disfarsene per voluttà di servitù volontaria”.

¹¹ Norberto Bobbio, *L’età dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1992, *passim*. Interessanti rilievi alla posizione di Bobbio muove Francesco Maria Tedesco, *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Bari, 2009, p. 77 ss, il quale ricorda pure la concezione di Habermas, sostenitore della tesi dell’universalità dei diritti umani in quanto fondati su un nucleo di valori verso cui convergono tutte le religioni universalistiche del mondo.

¹² In questo senso v. Giuseppe Cataldi, “La tutela internazionale dei diritti umani”, in Giovanni Carlo Bruno, Giuseppe Cataldi, Anna Papa (a cura di), *Diritti umani e carcere*, Napoli, 2008, p. 37 ss, il quale richiama pure il contenuto dell’art. 1 della Dichiarazione universale sulla Diversità culturale adottata dalla Conferenza generale dell’Unesco il 21/11/2001, secondo cui “la diversità culturale è necessaria al genere umano come la biodiversità lo è per la natura”.

¹³ Cfr. anche *luogo ult. cit.* Nella sua *Prefazione*, al volume di Fred Dallmayr, *Il dialogo fra le culture. Metodo e protagonisti*, Venezia, 2010, p. 9 Giuliano Amato richiama una bellissima citazione dal Corano, in cui si legge: “vi ho creato in nazioni e tribù in modo che vi poteste conoscere e fare amicizia, non perché restaste tronfi nella vostra tradizione”.

chiarazione universale. Fra gli altri: la Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) del 4/11/1950 (con la Corte di Strasburgo, accessibile anche ai singoli cittadini dei Paesi membri, che ne tutela l'osservanza); la Convenzione americana sui diritti umani, adottata nel 1969 ed in vigore dal 1978, sottoscritta dai Paesi membri dell'Organizzazione degli Stati americani (O.A.S.), di cui, peraltro, non fanno parte né gli U.S.A., né il Canada; la Carta di Algeri: Dichiarazione Universale dei Diritti dei Popoli (Conferenza internazionale di Algeri del 4/7/76); la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dei Paesi membri dell'Organizzazione dell'Unità africana, Nairobi 28/6/1981); la *Universal Islamic Declaration of Human Rights* (Parigi, 19/9/1981); la Dichiarazione del Cairo sui diritti umani nell'Islam (XIX Conferenza islamica dei Ministri degli Esteri dei Paesi membri dell'Organizzazione della Conferenza islamica-Lega araba, del 5/8/1990); la Carta araba dei diritti dell'uomo, approvata dal Consiglio della Lega Araba del 15/1/1994; l'Asian Human Rights Charter del 17/5/1998.

Si potrebbe ancora andare avanti nell'elencazione, ma credo ci sia già quanto basta per testimoniare la diffusa aspirazione di popoli appartenenti ad aree più o meno omogenee di 'adattare' i principi della Dichiarazione universale alle proprie tradizioni culturali, alla propria sensibilità religiosa¹⁴.

3. A ben vedere restano sempre inevase le tradizionali domande che si pongono in questa materia:

- a) i diritti umani sono sicuramente un dato 'neutrale' o sono, piuttosto, il portato della cultura storica, giuridica, filosofica etc. di una parte del mondo che non si sbaglierebbe poi molto nell'individuare negli antichi Stati coloniali?;
- b) quali sono le condizioni, verificatesi le quali, alcuni diritti civili e politici (es. diritto di elettorato attivo) devono estendersi a quanti si insediano in una data comunità statale, provenienti da una diversa?;
- c) qual è – se c'è – il limite insuperabile dinanzi a cui l'applicazione di certe normative deve arrestarsi di fronte al rispetto delle culture altrui? Può bastare il già menzionato riferimento alla nozione di "dignità umana" che, di per sé solo, assai poco si presta ad una compiuta traduzione giuridica?

Dove l'evidente aporia sta nella contemporanea universalizzazione di alcune fattispecie giuridiche (diritti umani) e nella possibile frammentazione di altre situazioni giuridiche soggettive in relazione ai modelli culturali di cui le singole comunità sono portatrici. Problema reso tanto più acuto dalla circostanza, tutt'altro che trascurabile, che le diverse categorie chiamate in ballo – diritti umani, diritti

¹⁴ Per un'interessante rassegna delle Autorità costituite in molti Paesi per la difesa dei diritti umani, v. Natalino Ronzitti, "Gli strumenti di tutela dei diritti umani. La risoluzione 48/134 delle N. U. e la sua attuazione nell'ordinamento italiano", *Osservatorio di politica internazionale (I.S.P.I.)*, Note, n° 4, Gennaio 2010, p. 3ss.

civili, diritti politici – non esistono *in rerum natura*, ma sono piuttosto il portato di una riflessione e di una costruzione che sono “culturali” a loro volta: in un “gioco” che sembra, quindi, destinato a non avere mai fine¹⁵.

Sono interrogativi troppo grandi per poter azzardare qualche banale risposta.

Mi limito ad osservare che, in un’epoca in cui ancora tiene campo lo scenario di un possibile “scontro di civiltà”¹⁶, essi rinviano ad una contrapposizione Oriente/Occidente, a tentativi di una possibile lettura di questi rapporti, che sono vecchi quanto il mondo e che, come tali, tornano ciclicamente a riproporsi.

4. Come è noto, si fa, infatti, risalire ad Erodoto la prima suggestione – divenuta poi col tempo una sorta di stereotipo culturale – della divisione fra un Occidente culla della democrazia e sede naturale di sviluppo delle libertà individuali ed un Oriente teatro dei più opachi regimi dispotici. Secondo L. Canfora¹⁷, questo stereotipo avrebbe funzionato come “mito fondatore della democrazia ateniese”, avallando – nel momento in cui la Grecia vinceva la seconda guerra persiana – “il mito manicheo per cui a Oriente, cioè in Persia, sono tutti schiavi, tranne il Gran Re, mentre in Occidente, e cioè ad Atene e nelle città sue alleate, gli uomini sono liberi ed eguali, e si afferma e comanda chi vale di più”¹⁸.

In prosieguo di tempo, una nuova ondata volta a rafforzare queste linee di interpretazione dei rapporti tra Oriente e Occidente si è avuta nel 1800 quando un pensatore, campione del liberalismo, come John Stuart Mill si è spinto a sostenere che, ai fini delle vicende storiche britanniche, la vittoria dei Greci sui Persiani nella celeberrima battaglia di Maratona dovesse considerarsi più importante della battaglia di *Hastings*¹⁹, volendosi così sottolineare come la salvaguardia della libertà e della democrazia occidentale si fondasse innanzitutto sulla sconfitta del dispotismo orientale.

Lo stereotipo poi era ed è così radicato da aver superato anche l’epopea di Alessandro Magno il quale, unificando sotto il proprio controllo terre di Oriente e di

¹⁵ Sia consentito questo rinvio a Pasquale Ciriello, “Bioetica e società multiculturale”, in Lorenzo Chieffi (a cura di), *Il multiculturalismo nel dibattito bioetico*, 2005, p. 38. Sul punto v. anche Alessandra Facchi, cit., p. 140ss.

¹⁶ Secondo la notissima opera di Samuel Huntington dove a pag. 5, dell’ediz. Italiana si legge: “la politica mondiale sta entrando in una nuova fase e gli intellettuali non hanno esitato a offrire visioni di ciò che sarà. La mia ipotesi è che la fonte di conflitto fondamentale non sarà sostanzialmente né ideologica, né economica. Le grandi divisioni dell’umanità saranno legate alla cultura”. Proprio sul punto Fred Dallmayr, cit., p. 59 ha osservato come la ricostruzione di Huntington rispecchi una visione legata al vecchio ‘sistema westfaliano’, a sua volta fondato sull’idea che la politica internazionale si riduca ad una spietata per il potere plasmata sul modello amico/nemico.

¹⁷ *Intervista sul potere*, a cura di Antonio Carloti, Laterza, Bari, 2013, p. 70ss.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ V. anche *luogo ult. cit.* La battaglia di Hastings ebbe luogo il 14/10/1066 ed ebbe, come noto, quale protagonista Guglielmo il Conquistatore.

Occidente ed avviando la civiltà ellenistica, tipico esempio di connubio Est/Ovest²⁰, avrebbe dovuto – in teoria – rappresentare l'unificazione del mondo antico e innescare una nuova lettura dei rapporti fra queste aree territoriali.

Venendo all'oggi, il tema della tutela dei diritti umani è venuto inevitabilmente calandosi nel quadro più generale della rinascita di un islamismo militante, pronto a sostenere – anche con la forza, nelle sue frange più estreme – i valori del Corano, la sovraordinazione della Sharia dinanzi a qualsiasi forma di ordinamento codificato dagli uomini.

In questa fase siamo pienamente immersi e, dunque, la domanda che si pone è come sostenere la battaglia dei diritti umani in questo nuovo scenario.

Realisticamente, credo che si debba muovere dall'accettazione di alcuni dati di fatto (o, se si vuole, di alcune circostanze che a me paiono presentarsi come dati di fatto). Anche qui, mi limito a menzionarne soltanto un paio.

Anzitutto, occorre prendere atto del diverso ruolo che alla persona umana viene riconosciuto all'interno di queste differenti realtà culturali e politiche. Infatti, a fronte di un individualismo sempre più intenso venutosi ad affermare in Occidente specie a seguito dell'indebolimento (e del crollo) di molti corpi intermedi che, da sempre, avevano funto da collante, da lubrificante dei rapporti tra singoli e poteri pubblici, si riscontra ancora nei Paesi islamici una palese subordinazione dell'interesse individuale a quello del clan di appartenenza, della famiglia, della società intera, in una logica comunitaristica oggi da noi quasi abbandonata. Ciò che, come noto, ha posto dei problemi (specie in alcune realtà economicamente più arretrate così dell'Africa come dell'Asia) per la stessa affermazione della nozione di Stato, vista la rottura di certi sistemi di relazione che essa imponeva, pur non avendo – nell'immediato – meccanismi alternativi per sostituirli²¹: problemi questi che, a maggior ragione, si riflettono sull'individuazione della miglior strategia da seguire in funzione di un'efficace garanzia dei diritti umani.

In secondo luogo, occorrerebbe abbandonare al più presto il pregiudizio secondo cui l'Occidente – e solo l'Occidente – si muoverebbe, nei suoi rapporti con queste differenti civiltà, in difesa di valori alti e nobili, di ideali comunque non commensurabili con quelli espressi da altre culture. Possiamo, ad esempio, sostenere davvero che, terminata la guerra fredda e avviatasi almeno in parte la scomposizione del quadro mediorientale originato dal secondo conflitto mondiale, le politiche dell'Occidente verso quell'area siano state sempre ispirate a parametri così

²⁰ *Intervista sul potere*, cit., p.76

²¹ Sul punto, cfr. anche le osservazioni di Giuseppe Cataldi, cit., il quale (p. 20) osserva altresì come "le élites di molti Paesi africani hanno avuto facile gioco nello strutturare l'ordinamento interno secondo il modello dello Stato sovrano, senza però quel bilanciamento offerto, nei Paesi occidentali, del sistema interno ed internazionale di tutela dei diritti individuali. I conflitti etnici, le guerre civili che contraddistinguono l'epoca attuale trovano la loro causa anche in questa situazione".

illuminati? In un suo recente intervento, Vittorio Emanuele Parsi²², passando rapidamente in rassegna alcuni eventi particolarmente significativi (crisi di Algeria 1991, rivolta di Gaza nel 2006) e ponendo ben in evidenza le reali motivazioni delle nostre politiche (paura che un governo del FIS avrebbe messo in discussione i vitali contratti di idrocarburi già stipulati col regime precedente; preoccupazione che un governo palestinese islamista avrebbe contribuito a far franare la fragile architettura della presenza U.S.A. in Medio Oriente basata sulla centralità degli accordi di Camp David etc.), così icasticamente conclude: “L’atteggiamento americano e occidentale verso l’islamismo politico, così incoerente ed ondivago alla luce dei ‘valori’, diventa invece ben più coerente, se letto, tradizionalmente, in termini di interessi”²³.

A ben vedere, e con tutte le precauzioni che la delicatezza della materia impone, il tema di fondo sembra essere quello – anch’esso largamente risalente nel tempo – della compatibilità fra democrazia (occidentale) e composito pianeta dell’Islam. Tema che rimanda ad una ‘rottura’ che non può essere trascurata.

Si vuol dire, cioè, che, nei rapporti tra religione e politica, mentre in Occidente si è compiuto, sia pur tra innumerevoli sussulti e travagli, un percorso di separazione all’insegna del “dare a Cesare quel che è di Cesare...”²⁴, nei Paesi islamici tutto questo non c’è stato. In queste aree territoriali l’interpretazione del Corano si è sostanzialmente fermata all’XI secolo, ponendo le basi per un conflitto tra religione e processi di modernizzazione che è ben lungi dall’essere risolto.

È stato, infatti, osservato²⁵ che “la teoria politica islamista rifiuta il concetto di democrazia... (perché) secondo Mawdudi – ma tutti i teorici islamisti concordano su questo punto – l’Islam è la vera antitesi della democrazia occidentale... (la quale) mette in discussione la sovranità divina contrapponendovi l’idea di sovranità popolare... minaccia poi l’unità della comunità musulmana... (giacché) l’individualismo vanifica lo stesso principio costitutivo della *umma* fondata sull’unità dei credenti”.

Sono considerazioni che, a ben vedere, evidenziano come, accanto a preoccupazioni di natura religiosa, affiorano timori non meno importanti sugli effetti sociali che il diffondersi della democrazia potrebbe produrre: possibile crisi di

²² “Gli interessi e l’ipocrisia dei valori”, *Il sole 24 ore*, 18/8/2013.

²³ *Ibid.*

²⁴ Non si può, su questo tema, non fare un sia pur fuggevole accenno alla posizione recentemente assunta da Papa Francesco e sintetizzata nella lettera inviata a *La Repubblica* del 12/9/2013 in risposta ad alcuni quesiti sollevati da Eugenio Scalfari. In questa lettera – che, secondo alcuni analisti, sarebbe andata oltre i risultati del Concilio Vaticano II – il Papa osserva tra l’altro: “la fede cristiana, la cui incidenza sulla vita dell’uomo è stata espressa attraverso il simbolo della luce, spesso fu bollata come il buio della superstizione. Così tra la Chiesa da una parte e la cultura moderna dall’altra, si è giunti all’incomunicabilità. Ma è venuto ormai il tempo – e il Vaticano II ne ha aperto la stagione – d’un dialogo senza preconcetti che riapra le porte per un serio e fecondo incontro”.

²⁵ Renzo Guolo, *L’Islam è compatibile con la democrazia?*, Laterza, Bari, 2004, p. 57ss.

un'architettura sociale fondata prevalentemente su valori comunitari in favore di un'altra ispirata a modelli individualistici. Sullo sfondo, infine, si staglia ben visibile anche un effetto di reazione per il mancato accesso di queste popolazioni ad una modernità forse in parte anche anelata, sicchè "il rifiuto verso l'Occidente diventa uno strumento di riscatto collettivo"²⁶.

Quanto sopra aiuta a spiegare – al di là degli errori di fondo, su cui non è qui possibile soffermarsi – quante difficoltà abbiano incontrato le politiche incentrate sul tentativo di 'esportare la democrazia'²⁷ anche attraverso il ricorso all'uso della forza.

Riservando alle conclusioni qualche considerazione su come coltivare una strategia di diffusione e di tutela dei diritti umani all'interno di scenari così articolati, basti qui osservare che qualsiasi tentativo di eccessiva semplificazione nell'approccio a questi temi – secondo uno schema bianco/nero, per cui o si riesce ad instaurare in questi Paesi una vera democrazia liberale, oppure tanto vale non farne niente – è una mera velleità destinata ad un inesorabile fallimento²⁸. Solo un approccio gradualistico, che aiuti le società islamiche a superare certi snodi fondamentali – per esempio, in materia di rapporti tra religione e diritto, di relazioni fra i sessi, o di rispetto dell'identità di ciascun individuo – può essere foriero di sviluppi positivi, che sarebbero peraltro particolarmente importanti al fine di delineare un quadro più rasserenato delle relazioni internazionali, cancellando l'incubo – in realtà sempre incombente – dello "scontro di civiltà"²⁹.

5. Avviandoci a conclusione, non possiamo non soffermarci su di un episodio cui il sistema dei *mass media* non pare aver dedicato il giusto livello di attenzione. Mi riferisco alla pubblicazione – avvenuta sull'edizione del *New York Times* del 20/8/2013 – di un documento interno del Partito comunista cinese, c.d. Documento n° 9, in cui, rivolgendosi ai propri funzionari il Comitato Centrale del Partito li mette in guardia, stilando una specie di catalogo delle più minacciose sfide ideologiche che vengono dall'Occidente. Secondo il documento, le "sette correnti sovversive" (in cinese *Qi bujiang*) che mettono in pericolo la saldezza del Paese sono: la democrazia basata sulla Costituzione e tutto l'impianto filosofico del costituzionalismo su cui la democrazia stessa si basa; la libertà di stampa e l'indipendenza dei mezzi di informazione; la partecipazione e la stessa presenza attiva della società

²⁶ Ivi, p. 95: sul punto v. anche *infra* nel testo

²⁷ V., per tutti, Luciano Canfora, *Esportare la libertà. Il mito che ha fallito*, Mondadori, Milano, 2007, in particolare p. 63ss, che rileva come "le vicende raccontate in queste pagine mettono in luce come il programma di 'esportazione' di idealità e di modelli politici ('libertà', 'democrazia', 'socialismo' etc) copra in realtà esigenze di potenza, e come tale programma risulti a rigore insostenibile perché dovrebbe – per essere coerente – assumere bersagli infiniti e impossibili come il gigante cinese, l'Arabia Saudita o lo Stato teocratico del Vaticano".

²⁸ Nel medesimo senso, v. le dichiarazioni del politologo Charles Kupchan, "Siamo pragmatici, la democrazia può attendere", *Corriere della sera* del 21/8/2013.

²⁹ V., sul punto, l'analisi di Fareed Zakaria, "Se torna lo scontro di civiltà", *La Repubblica*, 23/8/2013

civile nella vita politica; il libero mercato e la riduzione del ruolo dello Stato nella gestione dei processi economici; il diffondersi di critiche 'nichiliste' sul recente passato del Partito; l'indipendenza del potere giudiziario; e la promozione e diffusione del presunto valore universale dei diritti umani.

Ora, è ben probabile che il significato vero del documento sia da rinvenirsi non tanto nella sfida verso l'esterno, ma nel tentativo del regime – e, in particolare, del Presidente della Repubblica popolare cinese e Segretario generale del Partito *Xi Jinping*, solo di recente insediatosi – di trovare un posizionamento che gli garantisca un equilibrio fra il fronte neomaoista più sensibile ai richiami all'ortodossia e quello degli innovatori³⁰, che viceversa spinge per politiche sempre più aperturiste e riformatrici specie sul versante economico³¹. E, d'altronde, lo stesso giornale americano accredita l'interpretazione secondo cui il contenuto del memorandum "mostra come la fiducia pubblica ostentata dal Presidente cinese sia accompagnata da timori che il Partito sia vulnerabile al rallentamento economico, all'ostilità pubblica per la corruzione e alle sfide poste dai liberali impazienti per un cambiamento politico". Tuttavia, il fatto stesso che un Paese, che rappresenta una fetta importante della popolazione mondiale, sia teatro di una discussione che pone seriamente in dubbio, per restare al nostro problema, il valore e la portata della questione dei diritti umani la dice abbastanza lunga sugli ostacoli che ancora si frappongono ad una generalizzazione diffusa dei diritti stessi.

Ai troppo pessimisti – quelli che pronosticano una caduta verticale dell'Occidente di fronte ai vari fondamentalismi, per cui "forse ci aspetta il destino di Bisanzio ingoiata dalle orde ottomane in quel fatidico 1453 (...) anzi, paradossalmente, si potrebbe quasi dire che quel documento è pur esso figlio dell'Occidente, dell'Occidente spengleriano, composto di un mix di heideggeriani e di neocon, che sull'Occidente rovesciano ogni sorta di masochistiche accuse e di recriminazioni"³² – vale forse la pena di ricordare che, dietro le grandi, recenti ondate di sollevazioni popolari verso i rispettivi regimi (per tutti: Egitto e Turchia) viene spesso sollevata la bandiera della difesa dei diritti umani³³, come in una sorta di enorme gioco a somma algebrica zero, in cui la posta guadagnata in una certa area territoriale del mondo viene immediatamente dissipata in un'altra.

³⁰ Su questa lettura concordano quasi tutti i primi commentatori del documento. V., tra gli altri, Angiolo Bandinelli, "Aiuto! L'Occidente è sotto assedio", *Notizie radicali*, 29/8/2013, Silvia Romanelli, "Cina, non avrai altri sogni all'infuori di quelli del Partito", *La voce di New York*, 22/8/2013.

³¹ V., sul punto, Lea Vendramel, "Cina, la minaccia occidentale", *L'Indro* del 30/8/2013, secondo cui si tratta di divisioni ormai radicate da decenni in Cina rispetto a cui "Xi ping e i vertici del Partito si trovano a dover mantenere un equilibrio fra più fronti".

³² Angiolo Bandinelli, cit.

³³ E' l'analisi di Roberto Toscano, "Cina: i sette peccati capitali della democrazia", *Reset. Newsletter Eventi* del 21/8/2013

Resta l'amarezza di constatare che, mentre si pone mano alla realizzazione (peraltro, al momento, ancora piuttosto nebulosa) del c.d. "sogno cinese"³⁴ (*zhongguo meng*) destinato a prendere il posto del più celebre *American dream*, con un disegno teso a restituire alla Cina quella posizione di primazia assoluta che, in passato, ha a lungo mantenuto, e a mettere insieme il sentimento di diffuso nazionalismo che si respira attualmente nel Paese con un avanzamento del tenore di vita e con la modernizzazione militare³⁵, contestualmente si avverte la necessità di sottolineare con chiarezza che per la tutela dei diritti umani non v'è spazio alcuno in questo progetto.

6. Senza alcuna pretesa di definire una 'conclusione' per un tema così complesso, vorrei, infine, soffermarmi su di un profilo sinora non indagato.

Data per scontata l'inscindibilità del binomio democrazia-diritti umani e assunta l'impostazione – avvalorata da tante indagini di scienza politica e di sociologia politica – secondo cui la presenza di un ceto medio opportunamente strutturato, maturo e, se possibile, dotato di adeguata coscienza civile è premessa indispensabile per l'affermarsi della democrazia – ci si può chiedere se sia possibile una scansione per classi sociali in Paesi quali, a titolo di esempio, quelli islamici mediorientali o, più in generale, quelli cc.dd. emergenti, allo scopo di meglio indirizzare le nostre politiche nei loro confronti.

Se è vero, infatti, che, nei Paesi occidentali, la globalizzazione ha prodotto un forte effetto di redistribuzione delle risorse in senso verticale, accentuando la polarizzazione fra la categoria dei ricchi (divenuti sempre più ricchi) e quella dei meno abbienti, con un effetto di attrazione dell'area più debole del ceto medio verso il basso, sarebbe forse ora di chiedersi se e quanto questo effetto di erosione di uno dei pilastri del sistema democratico possa indebolire il sistema medesimo.

Simmetricamente, si dovrà però prendere in considerazione l'effetto redistributivo in senso orizzontale (da Paese a Paese) prodotto contemporaneamente dalla globalizzazione, più precisamente da aree territoriali economicamente più salde ed avanzate in favore di aree tradizionalmente più deboli ed arretrate.

Se questo è vero, se ne potrebbe dedurre che questi processi – ove opportunamente guidati – potrebbero favorire in questi ultimi Paesi la formazione di un ceto medio economicamente e socialmente più forte e, con ogni probabilità, più aperto a programmi di modernizzazione, con tutto quel che ne consegue in ordine alla dif-

³⁴ V., nei medesimi termini, l'analisi esposta, in *Today*, nota redazionale del 30/4/2013, *Addio sogno americano, nel futuro c'è il Chinese Dream*.

³⁵ Sul c.d. sogno cinese, v. le osservazioni "a prima lettura" di Eugenio Buzzetti, "Il sogno cinese di Xi ping", *Agi China*²⁴ del 30/11/2012 e di J. Lin, "Possibile scontro fra liberalizzazione economica e controllo politico in Cina", *The Epoch Times* del 2/8/2013.

fusione dei principi-cardine della democrazia e, per quel che a noi maggiormente interessa, alla sensibilizzazione verso la tematica dei diritti umani³⁶.

Si vuol dire che l'Occidente dovrebbe intanto abbandonare quell'ipocrisia che troppo spesso caratterizza i suoi comportamenti, che fa sì che noi "siamo ipersensibili per ciò che accade in casa nostra, e invece totalmente insensibili quando qualche nefandezza viene compiuta al di là delle colonne d'Ercole delle democrazie occidentali. L'Occidente è nel pieno di quella sindrome autopenitenziale descritta da Pascal Bruckner, per cui tutto ciò che accade nel suo perimetro è oggetto di un esame autocritico meticoloso e severo, mentre tutto ciò che si consuma al di fuori è oggetto di comprensione indulgente"³⁷.

Dovremmo, poi, chiederci se la fine dell'interventismo democratico nello stile della presidenza Bush debba comportare la fine di ogni interventismo *tout court*.

E qui la risposta è negativa, con una necessaria puntualizzazione. Ben vengano tutte le politiche di apertura al dialogo che si fondano sul riconoscimento e sul rispetto dell'identità dell' "altro", con esclusione di ogni ipotesi assimilazionista. Ma esse, da sole, non basteranno se non si assume come obiettivo strategico quello di favorire la crescita socio-economica di certi Paesi, aiutando il formarsi di quell' *humus* senza del quale ogni ipotesi di diffusione della democrazia è destinata a rimanere senza effetti.

Viceversa, politiche orientate in questa direzione potrebbero valere assai più di tante affabulazioni retoriche in tema di 'esportazione' della democrazia e – occorre riconoscerlo – anche in tema di affermazione dei diritti umani³⁸.

Come ha scritto lucidamente R. Guolo³⁹, ogni approccio a questi problemi che metta nel mirino solo il livello politico-istituzionale del problema è destinato a rivelarsi inefficace. E, d'altronde, esperienze recenti hanno dimostrato che anche lo svolgimento di libere elezioni in certe aree non costituisce garanzia certa di futuri sviluppi democratici.

Occorre lavorare più in profondità aggredendo il profilo 'sociale' del problema, perché la " *nation building* senza la *society building* rischia un clamoroso fallimento"⁴⁰; e, in questo processo, andrebbe tenuto nel debito conto anche il lento ma inarrestabile formarsi pure a quelle latitudini di un'opinione pubblica più consapevole e più informata.

³⁶ Parzialmente diverso è il commento di Ian Bremmer, "L'inquieto futuro dei mercati emergenti", *Corriere della sera* del 26/8/2013, il quale, dopo aver rilevato che in alcuni Paesi (Turchia, Brasile, India etc) i politici si trovano ora ad affrontare aspettative più elevate da parte della classe media creata dal successo, ma prospettive economiche più modeste e compromessi economici più difficili rispetto a quelli affrontati per molti anni, osserva che "i Paesi in cui le classi medie sono cresciute più rapidamente sono particolarmente vulnerabili alle pressioni che accompagnano il rapido cambiamento sociale".

³⁷ Pier Luigi Battista, "Ipocrisia democratica", *La lettura, suppl. al Corriere della sera* del 1/9/2013.

³⁸ V. pure le considerazioni di Alessandra Facchi, cit., p. 150.

³⁹ Ivi, p. 139.

⁴⁰ *Ibid.*

Solo così – questo almeno è l’auspicio – si potrà sperare nell’avvio della stagione di un nuovo umanesimo, fondato sulla tutela e sulla valorizzazione dei diritti umani.

EMMA A. IMPARATO

**DIRITTI FONDAMENTALI E PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ:
DALLA “TIRANNIA DEI VALORI” ALLA TIRANNIA DEI GIUDICI
NELL'ESEMPIO TEDESCO.**

SOMMARIO: 1. I diritti fondamentali: dalla affermazione alla restrizione della misura di tutela. – 2. Il principio di proporzionalità tra giudici europei e potere ‘creativo’. – 3. Gli esordi del principio di proporzionalità nell’elaborazione tedesca – 3.1 La progressiva emersione del sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza italiana. – 4. La teoria dei valori: ai primordi della giurisprudenza tedesca. – 5. Alcune considerazioni conclusive: l’egemonia dei giudici.

1. I diritti fondamentali: dalla affermazione alla restrizione della misura di tutela.

Nell’era della globalizzazione volta a ‘pesare’ e commisurare qualunque interesse ed esigenza, i diritti fondamentali sono ancora conquiste ottenute dal popolo quali baluardi di difesa dell’individuo rispetto all’ingerenza del potere pubblico come erano in origine?

Concepiti come limitazione necessaria del potere politico *d’imperium* già a partire dal Medioevo¹ – sia pure allora attribuiti agli individui soltanto in conseguenza dell’appartenenza o meno ad un ceto - i diritti fondamentali sono in effetti il risultato di una conquista nonché l’esito di un processo politico² che vede il suo culmine, sul finire del settecento, con l’affermazione dei diritti, riconosciuti a qualunque soggetto³, contro la supremazia dello Stato. In particolare, è nel ben noto testo della Rivoluzione francese, la Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, che emerge la concezione giusnaturalistica dei diritti dell’uomo, assegnati come tali, ossia per natura, a chiunque (art. 1)⁴ ed eccezionalmente limitabili soltanto dalla legge, dovendosi nei suoi limiti muovere la stessa attività dei giudici (art. 5)⁵. Qui, sottesa alla volontà di riservare la definizione e la disciplina delle limitazioni della sfera di libertà individuali al solo atto del Parlamento, è chiaramente una

¹ In tal senso, Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle Costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 23.

² Così, Guy Scoffoni, “L’émergence et l’affirmation des droits de l’homme”, in Louis Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2009, p. 17 e ss.

³ Sulla ricostruzione, nella sua evoluzione, della nozione di diritti fondamentali e, in particolare, secondo una “nozione storicistica”, una nozione “individualistica” e una nozione “statualistica”, v. Paolo Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 3 e ss.

⁴ “Gli uomini nascono e rimangono liberi ed uguali nei diritti. Le distinzioni sociali non possono essere fondate che sull’utilità comune”.

⁵ “La legge ha il diritto di vietare solo le azioni nocive alla società. Tutto ciò che non viene vietato dalla legge non può essere impedito e nessuno può essere costretto a fare ciò che essa non ordina”.

funzione di garanzia, essendo la legge intesa come strumento di mediazione della sovranità popolare. Tradotta oggi, in tutte le vigenti Costituzioni europee del dopoguerra, nell'istituto della riserva di legge, questa garanzia deve essere attuata nel rispetto della Costituzione, quest'ultima a sua volta tutelata da un organo appositamente creato a tal fine, la Corte costituzionale.

È in quest'ottica che i diritti fondamentali, come si accennava, implicando in origine un 'limite' rispetto all'onnipotenza del potere statale, hanno tradizionalmente l'obiettivo primario di proteggere il cittadino 'contro' lo Stato; postulano cioè un comportamento negativo, un'astensione dal fare, ovvero la non ingerenza dei poteri pubblici nella sfera delle libertà dei singoli. Si è parlato in tal senso di 'competenza negativa' dello Stato, secondo una visione propria innanzitutto dello Stato liberale di diritto, a differenza delle nuove forme di tutela delle libertà attivate in particolare con lo 'stato sociale' affermatosi nell'immediato secondo dopoguerra: queste forme trovano espressione nei 'diritti sociali' e, corrispondendo a prestazioni positive, vedono una 'competenza attiva' dello Stato, giacché per essere effettivamente garantite, richiedono un suo intervento.

Tuttavia da diverso tempo, e qui si ritorna al quesito iniziale per darvi una prima seppure sommaria risposta, è in atto un cambiamento riguardante la sfera d'azione del legislatore nonché dei giudici in merito ai diritti fondamentali, cambiamento talmente radicale da finire con il mettere in seria discussione non solo il modello di tutela dei diritti fondamentali ma la loro stessa concezione e nozione.

Nelle attuali esperienze statuali si assiste a una totale trasformazione della competenza dello Stato che da negativa va mutandosi in positiva, "addirittura in un compito, cioè nel dovere di intervenire"⁶, in alcuni casi persino senza alcuna limitazione laddove si invoca il diritto alla sicurezza-prevenzione. In questa ipotesi lo Stato 'giocando in anticipo' giacché reagisce in via preventiva contro un rischio solo eventuale, contro una mera pericolosità sociale dell'individuo (senza effettivi e reali elementi di prova a suo carico, si pensi in proposito ai provvedimenti adottati, dopo gli eventi dell'11 settembre 2001, ai fini della c.d. guerra al terrorismo), finisce col minare la certezza del diritto⁷ al contempo erodendo progressivamente la sfera di libertà del singolo. Questa tendenza trova espressione nel passaggio da una

⁶ Così, Erhard Denninger, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, in Carlo Amirante (a cura di), Giappichelli, Torino, 1998, p. 90.

⁷ *Ibidem*. L'autore riporta, in particolare, un caso posto all'attenzione del Tribunale Costituzionale Federale il 16 ottobre 1977 laddove si trattava di dover decidere se il governo federale era tenuto a subire il ricatto di alcuni terroristi per salvare la vita di un ostaggio che minacciavano di giustiziare: di fronte all'appello del figlio al diritto alla vita e all'eguaglianza, giacché in un altro caso analogo il governo aveva ceduto alle istanze terroristiche, il Tribunale respinse l'istanza ritenendo che ogni governo è responsabile delle scelte da effettuare e che la determinazione dei mezzi necessari non può essere devoluta alla sola costituzione "perché altrimenti la reazione dello stato fin da principio diventerebbe calcolabile per i terroristi. Questo renderebbe impossibile allo stato una protezione efficace dei suoi cittadini".

strategia istituzionale di astensione a una logica di interventismo statale, spesso illimitato, proclive a spostare la linea di demarcazione che corre tra la sfera di azione degli individui e l'area di intervento dell'autorità pubblica a favore di quest'ultima: in quest'ottica è ben evidente la possibile e grave lesione che i diritti fondamentali possono subire, sottoposti a sempre più forti restrizioni sino ad arrivare in taluni casi al limite della loro negazione, pur continuando a essere formalmente iscritti in testi costituzionali.

Questo lavoro intende così porre in evidenza come, di fronte a taluni interventi del legislatore volti a disciplinare i diritti fondamentali tuttavia sostanzialmente al fine di svuotarli di contenuto piuttosto che per assicurarne un esercizio quanto più ampio possibile attraverso la migliore definizione dei confini già tracciati dai principi della Costituzione (nella cui osservanza la stessa legge, trattandosi di una fonte subordinata, deve agire), i giudici tendano ad assumere una duplice posizione: o finiscono, nella maggioranza dei casi, col suffragare gli 'abusi' del legislatore rispetto alle solenni affermazioni costituzionali, avendo forgiato a tal fine una teoria apposita, quella c.d. dei valori, su cui fondare il 'bilanciamento' degli interessi contrapposti (tuttavia giungendo talora a oltrepassare lo stesso dettato legislativo). Oppure, all'opposto, meno di frequente in questa fase storica, cercano di spostare la linea di confine tracciata tra autorità e libertà a vantaggio della libertà grazie al ricorso a clausole generali quali il principio di proporzionalità – che pure vede infine un'operazione di bilanciamento – in tale ottica individuato da qualcuno come un principio che imporrebbe allo Stato un "obbligo di moderazione"⁸. Non restano tuttavia escluse anche in questo caso le ipotesi in cui si ammette la predominanza degli interventi pubblici. Un esempio in questo senso, relativo anche alla tendenza 'protettiva-preventiva' attuata in nome di una sicurezza pubblica che si traduce in realtà in controlimite dei diritti fondamentali, è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 2001 che ha decretato, anche in virtù del principio di proporzionalità, la recessione del diritto di associazione politica a fronte della sicurezza nazionale⁹.

⁸ Michel Fromont, "République fédérale d'Allemagne: l'Etat de droit", *Revue droit publ.*, 1984, p. 1213.

⁹ Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 luglio 2001, *Affaire Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie* (Requêtes n. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98). Con questa pronuncia la Corte ha in definitiva respinto i ricorsi presentati dal partito politico Refah (del benessere) e da alcuni suoi esponenti contro la Repubblica Turca che ne aveva disposto lo scioglimento, non ravvisando nella fattispecie in esame un'ipotesi di violazione degli artt. 9, 10, 11, 14, 17 e 18 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e degli artt. 1 e 3 del Protocollo n. 1. In particolare della Convenzione la Corte ha richiamato l'art. 11, comma 2, ritenendo che le restrizioni predisposte dal potere pubblico turco all'esercizio dei diritti tutelati dalla stessa Convenzione costituissero «misure necessarie, in una società democratica, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, la difesa dell'ordine e la prevenzione dei disordini e dei reati, per la protezione della salute e della morale o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui» e dunque "répondaient à un *besoin social impérieux* et étaient proportionnées au but légitime poursuivi".

Quello che infine si evidenzierà è che, in entrambi i casi, il giudice, in particolare quello costituzionale (sia esso nazionale o sovranazionale), attraverso strumenti elaborati *ad hoc*, giunge ad arrogarsi un potere che costituzionalmente non gli spetta. Piuttosto che esercitare una funzione interpretativa della legge sembra assumere tutt'altro ruolo che quello giudicante, appropriandosi di una funzione di tipo propriamente legislativa. In altre parole, la tendenza in atto quasi ovunque¹⁰, per la verità giunta quasi ad esaurimento quanto all'approdo finale, è quella dell'auto-attribuzione da parte dei giudici di una competenza che va ben oltre quella prevista dalle Costituzioni contemporanee: se in questi testi i giudici sono individuati come organi preposti ad assicurare il 'rispetto' del dettato legislativo - laddove ovviamente quest'ultimo si ponga in ossequio ai principi costituzionali nei cui binari deve determinarsi la sostanza dei diritti medesimi - nella pratica essi giungono ad appropriarsi del potere, riservato costituzionalmente al legislatore cui finiscono col surrogarsi, di definizione dello stesso contenuto dei diritti, talora persino *contra legem*. Peraltro, mentre in Italia questo fenomeno è più recente, in Germania, come vedremo, il processo di spostamento dell'asse del potere legislativo ha preso avvio da diverso tempo e in maniera molto più esplicita.

Come meglio si dirà, a tal fine, due sono in particolare i presupposti su cui fa leva la giurisprudenza soprattutto costituzionale. Innanzitutto, quello secondo cui la previsione costituzionale sui diritti fondamentali sarebbe una norma c.d. 'aperta', ovvero al tempo stesso indeterminata e suscettibile di molteplici interpretazioni. In secondo luogo, la natura non assoluta dei diritti fondamentali, ben potendo essere questi limitati da altri valori di pari rango costituzionale, ridotti come sono i primi a principi-valori.

Il risultato finale è un cambiamento radicale dello scenario presente invece nelle elaborazioni novecentesche sui diritti fondamentali¹¹. In una sola espressione: una "rivoluzione concettuale" che scardina l'idea stessa dei diritti fondamentali, reggendosi su un bilanciamento di interessi ovvero, per tradurlo in termini più concreti, su un'operazione volta a 'pesare', con un'unica improponibile misura, diritti fondamentali e interessi di qualunque natura.

¹⁰ Sul principio di proporzionalità, alla base di questa tendenza, come principio di giustizia costituzionale universalmente accettato, vedi Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in european law: a comparative perspective*, London: Kluwer Law International, 1996, p. 21.

¹¹ Sul punto, in particolare sullo "smantellamento delle direttrici di orientamento, attraverso le quali le costituzioni della democrazia pluralistica si erano sforzate di comporre in equilibrio le ragioni del conflitto e quelle de consenso" ritenuto tuttavia dall'A., con le dovute cautele, "non eludibile, se si pretende che l'autoorganizzazione della società produca prestazioni di inclusione sociale e non soltanto dinamiche antagoniste ed esclusive", v. Paolo Ridola, "I diritti fondamentali nelle democrazie pluralistiche: l'eredità del novecento", *Ritorno al diritto*, p. 80 *ess.* L'autore peraltro effettua un'interessante ed approfondita ricostruzione teorica dei diritti pubblici a partire dalla loro elaborazione come diritti pubblici soggettivi nel liberalismo giuridico passando per la critica della dogmatica tardoliberalista dei diritti nella giurispubblicistica tedesca weimariana sino ai giorni nostri.

2. Il principio di proporzionalità tra giudici europei e potere 'creativo'.

Come si diceva, il legislatore può restringere la sfera dell'autonomia privata spostando il limite, in maniera più o meno significativa, a favore della confinante sfera dei poteri pubblici; i diritti fondamentali possono così recedere di fronte ad un interesse generale elevato dalla legge a interesse 'superiore'. Introdotta dapprincipio, agli inizi del secolo scorso, ai soli fini di pubblica sicurezza, oggi le norme recanti tali restrizioni possono riguardare non più soltanto il diritto di polizia bensì l'intera sfera d'azione della pubblica amministrazione.

Non sempre così pacifico è, però, nella pratica questo processo limitativo.

La norma recante un diritto fondamentale può entrare in conflitto con un altro disposto normativo proprio a causa della restrizione imposta da quest'ultimo al diritto fondamentale in nome delle acclamate esigenze pubbliche. In tal caso la soluzione oggi più utilizzata chiama in causa il principio di proporzionalità. Tale principio, implicante un conflitto tra norme di pari rango, impone al giudice l'osservanza di una sorta di 'struttura analitica'¹² al fine della risoluzione del conflitto tra diritto fondamentale e interesse collettivo. Il giudizio c.d. di bilanciamento di interessi che infine ne deriva si fonda così sulla necessaria valutazione di elementi rispondenti a domande volte a chiarire: in primo luogo, se la limitazione prevista dalla norma persegua uno 'scopo legittimo' ovvero se le misure richieste, nel conseguire lo scopo, siano 'idonee' (si verifica, cioè, se il legislatore è legittimato ad adottare la misura al fine di perseguire l'interesse collettivo e se i mezzi adottati sono razionalmente connessi agli obiettivi politici dichiarati¹³); poi se le misure siano 'necessarie', nel senso di non esser disponibile un altro mezzo egualmente efficace ma con effetti meno incisivi nella sfera del singolo; infine se queste misure siano 'proporzionate' in senso stretto rispetto alle esigenze pubbliche fatte valere dal legislatore, o meglio, se considerate tutte le condizioni qui invocate la limitazione del diritto fondamentale risulti giustificata dalla esigenze ritenute superiori dalla norma¹⁴.

Introdotta a livello europeo innanzitutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia – con una prima sentenza del 1956 sia pure non menzionandolo espressamente¹⁵ - e in seguito anche dalle norme del diritto europeo con il Trattato di

¹² Cfr. Matthias Kumm, "Constitutional Rights as Principles: On the Structure and Domain of Constitutional Justice", 2 *INT'L J. CONST. L.*, 2004, p. 574, 579.

¹³ Sull'opportunità di considerare queste condizioni come due momenti distinti da valutare, v. Alec Stone Sweet – Jud Mathews, "Proportionality balancing and global constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 74 (2008).

¹⁴ Cfr. Otto Pfersmann, "Les droits fondamentaux comme normes de degré supérieur", in Louis Favoreu et al., *Droit des libertés fondamentales*, cit., p. 50 e ss.

¹⁵ Cort. giust., 16.7.1956, in C-8/55, Fédération Charbonnière, in Racc., 1955-56, 199 ss. Il caso esaminato verte su un atto dell'Alta Autorità CECA con cui erano stati fissati d'imperio i prezzi dei prodotti carboniferi: la Corte di giustizia in questa ipotesi giudicò non necessaria la misura adottata laddove, pur

Maastricht del 1992 (tuttavia qui enunciato come elemento di ponderazione delle attività delle sole istituzioni comunitarie), oggi il principio di proporzionalità è ben presente e consolidato nel diritto dell'UE configurandosi come norma generale e sovra-ordinata. È invero citato dal Trattato, nella versione attualmente vigente, in più punti - come ad esempio agli artt. 12, lett. b e 69 TUE nonché all'art. 5 con una formula generale¹⁶ - in relazione ai poteri conferiti alle autorità non solo europee ma anche nazionali e continua ad essere invocato dai giudici di Lussemburgo come strumento fondamentale del controllo giurisdizionale. Attraverso la giurisprudenza europea il principio di proporzionalità è, infine, pervenuto nel diritto nazionale di vari Paesi europei, permeandone gli ordinamenti.

Questo principio, ad onore della verità, non è stato introdotto *ex novo* dai giudici UE, pur essendo stato sviluppato soprattutto da questi: fu infatti importato, grazie al metodo della comparazione giuridica¹⁷, dal diritto tedesco¹⁸ che per primo lo ha elaborato. Poco noto, quando addirittura niente affatto conosciuto alle altre tradizioni giuridiche come la nostra, si tratta invero di un principio originariamente presente nel solo ordinamento giuridico tedesco non riferendosi affatto il metodo della comparazione - adottato dalla Corte europea al fine di desumere i principi generali dell'ordinamento allora comunitario (oggi europeo) - ai diversi sistemi giuridici facenti capi ai sei originari Stati fondatori della Comunità europea o perlomeno alla maggior parte di essi. A questa preferenza metodologica, operata anche in qualche altro caso, si aggiungono peraltro pure quelle, adottate con più fre-

senza appellarsi espressamente al principio di proporzionalità, ritenne che l'Autorità avrebbe dovuto propendere, tra i vari mezzi idonei a conseguire lo scopo prefissato, a favore di quello meno invasivo e pregiudizievole per il privato.

¹⁶ In particolare al punto 4 ove si prevede che "in virtù del principio di proporzionalità il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati".

¹⁷ Esempio nel senso del metodo della comparazione tuttavia dei diversi sistemi giuridici degli Stati membri - e non solo di alcuni o addirittura di uno soltanto - è la sentenza della Corte di giustizia nota come 'Algera' con cui la Corte nel risolvere il problema della revocabilità di un atto amministrativo tardivamente valutato come illegittimo, in mancanza di disposizioni specifiche al riguardo, fa richiamo al principio del legittimo affidamento giacché da "un esame di diritto comparato risulta che nei sei Stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'Amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola". Corte di giustizia, sentenza del 12 luglio 1957, *Algera*, C-7/56 e 3-7/57. In dottrina su tale tecnica e la sua scarsa applicazione - preferendosi comparazioni di pochi o persino di un solo ordinamento giuridico - v. Adelina Adinolfi, "I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 540.

¹⁸ In tal senso, vedi tra tutti, Diana Urania Galetta. *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 11 e ss.. Id., "Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali", *Nuove Aut.*, 2005, p. 541 ss.

quenza, della comparazione sintetica¹⁹ nonché dell'acquisizione di principi tratti soltanto da 'alcuni' degli ordinamenti giuridici nazionali, se non addirittura da ordinamenti di Stati non membri.

La scelta metodologica ha un logico riverbero sul processo di elaborazione dello 'strumentario interpretativo' della Corte per come avviato sin dall'inizio dalla giurisprudenza europea, sottendendo un'intenzione diversa da quella proclamata. Optando per il metodo della comparazione di pochi quando non di un solo ordinamento da cui dedurre principi generali 'flessibili', come quello considerato - votati come sono questi, stante appunto la loro valenza interpretativa nei casi concreti, a integrare il diritto nell'ipotesi di assenza di disposizioni specifiche ma anche a costruire il sistema giuridico europeo nell'individuazione dei suoi caratteri essenziali - è evidente che l'intenzione della Corte non si mostra affatto quella di conseguire un 'diritto comune': i "principi generali comuni ai diritti degli Stati membri" cui ispirarsi nella determinazione dei principi generali dell'ordinamento europeo non sono insomma da identificarsi, nella visione della Corte di giustizia che pure ha invocato tale formula, con quelli effettivamente 'condivisi' da tutti gli ordinamenti nazionali. Questi sono invece 'scelti' dalla stessa Corte purché principi idonei, secondo la logica della "integrazione selettiva"²⁰, a conseguire poi, nel caso concreto, la soluzione più 'progressista' o 'funzionale', alla luce e in virtù delle finalità del Trattato. Si selezionano, cioè, quei principi che nel mostrarsi più idonei a conseguire gli obiettivi del Trattato, sono anche maggiormente in grado di agevolare il processo dinamico di integrazione del sistema giuridico europeo.

Palese qui l'obiettivo: non certo quello di conseguire realmente l'integrazione dei diversi ordinamenti giuridici - obiettivo divenuto poi quasi impossibile da perseguire con l'allargamento dell'Unione a molteplici paesi con tradizioni giuridiche decisamente diverse - ma di 'creare' un diritto specifico, *super partes* e talora anche 'estraneo' alle tradizioni di molti paesi membri, purché rispondente e funzionale agli scopi del Trattato.

¹⁹ Nel senso di un richiamo generico agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, v., ad esempio, Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1989, *Hoechst*, C-46/87 e 227/88. Chiamata a decidere, in particolare, sul riconoscimento nell'ordinamento giuridico comunitario del diritto all'inviolabilità del domicilio delle persone fisiche e della sua eventuale estensione alle persone giuridiche, la Corte ha finito col riconoscere tale diritto per quanto attiene solo al domicilio privato ma non anche alle imprese. A fronte dell'analisi comparativa effettuata dall'Avvocato generale - laddove si evidenziava che, "se la tutela del domicilio privato poteva dirsi estesa ai locali delle imprese commerciali negli ordinamenti tedesco, danese, spagnolo, francese, inglese ed italiano, al contrario della Grecia, Irlanda ed Olanda, non apparendo infine chiara la questione in Belgio, Portogallo e Lussemburgo" - i giudici si limitano a concludere, escludendo l'estensione alle persone giuridiche pure auspicata dall'Avvocato generale, che contro tale possibilità osta la considerazione che "i sistemi giuridici degli Stati membri presentano differenze non trascurabili quanto alla natura e alla misura della tutela dei locali commerciali nei confronti degli interventi delle pubbliche autorità".

²⁰ Su questa tecnica, v. Pieralberto Mengozzi, "Il diritto comunitario e dell'Unione europea", *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. XV, Padova, 1997, p. 260 ss.

Già *ab initio* si profila chiaro il ruolo decisamente discrezionale che il giudice europeo viene ad assumere. Il suo potere piuttosto 'creativo', nel costruire l'impianto del diritto europeo, emerge con sempre più evidenza per poi diffondersi, in forza della primazia del diritto dell'Unione, in tutti gli ordinamenti degli Stati membri in cui i principi dallo stesso individuati dovranno trovare applicazione, indipendentemente che si tratti di un sistema di *common law* o di *civil law*, questi ultimi ritrovandosi all'opposto sempre più uniformati tra loro e con il modello europeo²¹.

In quest'ottica non desta perciò perplessità neanche il fatto che il principio di proporzionalità, pur traendo origini dal diritto germanico, nell'impiego che ne fa la giurisprudenza europea, finisca col discostarsi a tal punto dal modello tedesco sotto più aspetti, come meglio si vedrà, da assumere caratteristiche proprie e acquisire piena autonomia²².

3. Gli esordi del principio nell'elaborazione tedesca.

In origine il principio di proporzionalità, come si diceva, è stato elaborato e sperimentato in Germania, soprattutto nell'ambito della normativa riguardante il diritto di polizia, agli inizi del novecento, negli anni cioè precedenti le due guerre mondiali. In questa fase iniziale, coincidente dunque con un periodo storico che non aveva ancora messo in discussione il potere assoluto dello Stato e le sue scelte quanto all'individuazione dell'interesse pubblico, questo principio si configura come un mero criterio teso più a porre un autolimito - attraverso la verifica della idoneità e della necessità del mezzo - al potere pubblico che a 'controllarlo', privo come era a quell'epoca di qualunque finalità di sindacato della scelta dell'autorità statale. Quest'ultimo scopo, fondamentale oggi nel diritto tedesco, e relativo in definitiva alla verifica dell'azione dei pubblici poteri in virtù di un *test* di legittimità dell'azione stessa, si aggiungerà invero, come a breve diremo, solo in seguito, grazie ad un'interpretazione ampliata che la giurisprudenza costituzionale tedesca darà del giudizio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità vede il suo esordio²³ a livello giurisprudenziale con la nota decisione "Farmacie"²⁴ pronunciata nel 1958 quasi contemporaneamente alla prima sentenza europea emessa sullo stesso principio.

²¹ Sulla perdita delle caratteristiche dei sistemi giuridici nazionali per uniformarsi ai principi comuni dell'ordinamento europeo, v., in particolare, Mario Pilade Chiti, "I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo", *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, p. 814 s.

²² Cfr. Diana Urania Galetta, "Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali", cit., p. 550 ss.

²³ In verità, in proposito, la dottrina richiama talora un caso ancor più risalente nel tempo. In tale ipotesi tuttavia, come si dice nel testo, le connotazioni del principio di proporzionalità non sono ancora tali da farne un principio votato a sindacare la legittimità dell'azione dei poteri pubblici. Il caso invocato è quello Kreuzberg del 1882: una Corte amministrativa prussiana dichiarò l'invalidità dell'ordinanza di chiusura di

Oggetto del sindacato giurisdizionale della Corte costituzionale federale è la legge sulle farmacie adottata dal Land di Baviera nel 1952²⁵ e in particolare l'art. 3, comma 1, laddove il legislatore aveva previsto che l'autorizzazione per l'apertura di una nuova farmacia non potesse essere accordata se non a condizione che questa fornisse beni farmaceutici di interesse pubblico e non costituisse una minaccia in termini economici per le farmacie preesistenti. Nel caso concreto viene così contestata la lesione al diritto fondamentale della libertà professionale (art. 12, par. 1 GG). Nel dichiarare l'incostituzionalità della norma impugnata – grazie al distinguo tra condizioni soggettive di accesso alla professione e condizioni oggettive di esercizio – la Corte invocò allora, come si anticipava, secondo una lettura evolutiva del principio originario²⁶ ed estendendone il campo d'azione all'intero diritto pubblico, il principio di proporzionalità in senso stretto.

In quest'ottica elaborò, a favore dei diritti fondamentali e come deterrente degli interventi restrittivi del legislatore – sottolineando espressamente che la discrezionalità del legislatore “deve essere limitata solo per motivi di protezione dei diritti fondamentali”²⁷ – la teoria dei ‘tre livelli’²⁸ con la quale affiancò ai due già noti elementi, ovvero, ‘idoneità’ e ‘necessità’ – intesa qui come “minima interferenza” – della misura prevista, quello del ‘bilanciamento’ *stricto sensu*, ovvero della proporzionalità in senso stretto (o ancora, della adeguatezza). Questa triade di condizioni necessarie e imprescindibili consentiranno in tal modo di verificare, passando da un livello all'altro, il grado in cui potrà essere ritenuto ammissibile o meno la soluzione adottata con l'intervento normativo. Secondo questa rigida sequenza, se la misura prevista non supera uno dei due *test* iniziali si arriverà a una pronuncia del giudice che dichiarerà l'atto ‘sproporzionato’, restando così precluso l'accesso al livello ultimo, quello della proporzionalità in senso stretto, volto a una valutazione

un negozio alimentare, nel quale si vendeva alcool, privo di licenza, non avendo l'autorità valutato la possibilità di adottare un provvedimento sanzionatorio di minor gravità. Sul punto v., *in primis*, Diana Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 12 e, di recente, Gino Scaccia, “Il principio di proporzionalità”, in Stenlio Mangiameli (a cura di), *Ordinamento Europeo. L'esercizio delle competenze*, vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 228 ss.

²⁴ BVerfGE 7, 377, Urteil vom 11. Juni 1958 - 1 BvR 596/56, Apotheken-Urteil.

²⁵ Bayerische Gesetz über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 in der Fassung des Gesetzes vom 10. Dezember 1955.

²⁶ Il principio è richiamato in particolare laddove si afferma che: „Diese Freiheitsbeschränkung erweist sich so als das adäquate Mittel zur Verhütung möglicher Nachteile und Gefahren; sie ist auch deshalb nicht unbillig, weil sie für alle Berufsanwärter gleich und ihnen im voraus bekannt ist, so daß der Einzelne schon vor der Berufswahl beurteilen kann, ob es ihm möglich sein werde, die geforderten Voraussetzungen zu erfüllen. Hier gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinne, daß die vorgeschriebenen subjektiven Voraussetzungen zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen“.

²⁷ „Nicht er bestimmt frei den Inhalt des Grundrechts, sondern umgekehrt kann sich aus dem Gehalt des Grundrechts eine inhaltliche Begrenzung seines Gesetzgebungsermessens ergeben“.

²⁸ V., in particolare, Friedhelm Hufen, “Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht”, *Neue juristische Wochenschrift*, p. 47, 1994. *Contra*, v. Jörg Lücke, *Die Berufsfreiheit*, Müller, Heidelberg, 1994.

comparativa dei costi-benefici – ovvero, i costi derivanti dalla limitazione del diritto fondamentale e i benefici legati all'intervento lesivo – idonea a decidere quale 'valore costituzionale' dovrà in ultimo prevalere. Chiaramente in questo bilanciamento, quanto maggiore è il grado di incisività nella sfera del singolo che la misura adottata dai poteri pubblici apporta, tanto più rilevante deve risultare l'interesse generale che con l'intervento legislativo si intende raggiungere²⁹. E' in tal unico modo insomma - seguendo una precisa e consequenziale successione di livelli con il necessario ricorso finale alla tecnica della ponderazione degli interessi e dei diritti in opposizione - che il giudice tedesco potrà accertare se l'atto sottoposto al vaglio è da ritenersi "proporzionato" o meno.

La caratteristica fondamentale del principio di proporzionalità, che ha portato a configurarlo come "limite funzionalistico"³⁰ del potere pubblico, viene ad essere acquisita soltanto nella fase storica successiva al 1945, perché è solo in questo periodo seguente alla seconda guerra mondiale e dunque all'esperienza totalitaria dello Stato nazionalsocialista che "si diffonde la convinzione che l'intervento dello Stato debba sempre essere oggetto di valutazione comparativa con riguardo ai beni che esso sacrifica"³¹.

Un'evoluzione diversa seguirà però il principio, come si preannunciava, nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il giudice europeo infatti, si deve ora precisare, nel mutuare il principio di proporzionalità dal diritto tedesco, apporta modifiche sostanziali ai concetti di "idoneità" e "necessità" finendo con elaborare criteri propri e in ultimo un principio del tutto autonomo rispetto al modello tedesco. Tramuta, inoltre, praticamente la teoria dei "tre livelli" in una di "due livelli", giacché nella sostanza, ai fini del vaglio di legittimità, porta la sua attenzione principalmente sulle condizioni della idoneità e della necessità³², quando addirittura non arrivi a concentrarsi su un solo elemento, per esempio laddove sostiene che, stante il "potere discrezionale del legislatore comunitario" (in particolare, quanto alle responsabilità politiche attribuite dal Trattato in materia di politica agricola comune), "solo il carattere manifestamente inidoneo di un provvedimento adottato in tale ambito, in relazione allo scopo che l'istituzione intende perseguire, può inficiare la legittimità di un siffatto provvedi-

²⁹ Sulla proporzionalità *stricto sensu* come criterio che richiede che i costi dell'azione non siano eccessivi rispetto ai benefici dell'intervento, Nicholas Emiliou, *The principle of proportionality in european law*, cit., p. 6

³⁰ Gino Scaccia, "Il principio di proporzionalità", cit., p. 229

³¹ Diana Urania Galetta, "Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo", cit., p. 19.

³² Sulla mancanza del sindacato di proporzionalità in senso stretto, salvo casi eccezionali, nella giurisprudenza dei giudici UE, v. Diana Urania Galetta, "Principio di proporzionalità (dir. amm.)", voce on line, *Treccani.it*

mento"³³. Quando anche poi sottopone l'atto impugnato al vaglio di tutte e tre le condizioni tramandate dall'esperienza giuridica tedesca, spesso non ne segue la rigida e precisa sequenza, giacché la sua priorità resta sempre quella di risolvere il caso concreto in rispondenza agli obiettivi fissati dal Trattato. *Last but not least*, deve aggiungersi che non così spesso la valutazione del caso alla luce del principio di proporzionalità porta il giudice del Lussemburgo all'annullamento dell'atto impugnato (almeno non nel caso di misure adottate dalle istituzioni UE)³⁴.

In ogni caso, sia esso tedesco o europeo, malgrado le differenze, resta il fatto, cui si accennava in premessa, che con siffatto 'espediente' l'unico e vero soggetto egemone dei diritti fondamentali, quanto alla definizione della loro concreta disciplina organizzativa nel caso di conflitti con altre esigenze costituzionali, risulta essere il giudice che, ricorrendo ad un principio estremamente 'flessibile', può decidere in pieno arbitrio, in mancanza di criteri chiari prestabiliti, se allargare o restringere la sfera d'azione del singolo.

Se questa conseguenza può anche non lasciare perplessi rispetto all'ordinamento 'esterno' - quello europeo - essendosi questo venuto a caratterizzare nel tempo proprio per la centralità del giudice nella costruzione delle linee fondamentali del diritto e dunque per il primato della *iusdictio* sulla *legislatio*, negli ordinamenti nazionali, ferme restando le Costituzioni post-belliche, essa desta più di qualche dubbio. Questo principio porta infatti a un forte spostamento dell'asse della competenza dal legislatore al giudice che si auto-ascrive il potere di decidere della effettiva gestione dei diritti fondamentali in virtù di un sindacato che, in assenza di espliciti e determinati parametri costituzionali in tal senso, non può che rivelarsi fortemente discrezionale, variabile da caso a caso³⁵.

Peraltro, dal canto suo, anche la dottrina, invoca spesso - prendendo a modello l'esempio tedesco e lasciandosi influenzare dal consolidato orientamento UE - questo principio ai fini della risoluzione della controversia tra un diritto fondamentale e un interesse pubblico, dimentica che non si tratta per niente di un principio dato dal diritto positivo: non è infatti quasi mai previsto nelle Costituzioni degli Stati europei contemporanei che stabiliscono invece in generale in punto di diritti fondamentali unicamente, ai fini della loro garanzia, la 'riserva di legge', ovvero che sia il 'legislatore' a disporre in merito al loro esercizio. Sembra trascurare infine che neanche si tratta di un "metodo di ragionamento". Questo, per essere tale, deve fondarsi su un risultato il cui punto di partenza sia una premessa che prenda in considerazione dati giuridici e non, come qui, valutazioni dunque soggettive ed

³³ Così, Corte di giustizia, sentenza 11 luglio 1989, *Schraeder contro Hauptzollamt Gronau*, causa 265/87

³⁴ Su questo punto e sul sindacato di proporzionalità innanzi alla Corte di giustizia, v., *amplius*, Diana Urania Galetta, "Principio di proporzionalità (dir. amm.)", cit.

³⁵ *Ibidem*, in termini di forte disappunto.

esterne al dato giuridico medesimo, riguardanti soprattutto la finalità della misura³⁶.

3.1 *La progressiva emersione del sindacato di proporzionalità nella giurisprudenza italiana*

In verità, nel nostro ordinamento, un chiaro segnale nel senso del processo di trasformazione del giudice in legislatore venne dalla Corte Costituzionale già a partire dagli anni '70 del secolo scorso³⁷ allorché procedette ad ampliare il suo strumentario interpretativo elaborando una nuova tipologia di sentenze, quelle c.d. 'additive' (*ab initio*, in particolare in materia di eguaglianza e diritti)³⁸: con tale tipo di sentenze, dichiarandosi la necessità di un 'qualcosa' che invece manca nel dettato legislativo e che in attuazione della Costituzione deve essere previsto, la Corte cerca di porre rimedio all'incostituzionalità per omissione del legislatore, ma nell'aggiungere alla norma, oggetto di giudizio, un frammento normativo finisce coll'assumere un ruolo 'creativo'³⁹ del diritto. La norma che viene fuori nel concreto risulta infatti estranea al contenuto della norma astratta, oggetto di sindacato. Nell'arrogarsi rilevanti compiti di supplenza di istituzioni inerti sono indubbi qui i primi passi mossi dalla giustizia italiana per inserirsi in quel filone efficacemente designato da Friedman come "total justice"⁴⁰, nel senso di giustizia omnifacete.

³⁶ Sulla critica alla dottrina e alla giurisprudenza che ricorre ad un criterio niente affatto inquadrabile come metodo di ragionamento v., in maniera più approfondita, Otto Pfersmann, "Les droits fondamentaux comme normes de degré supérieur", cit, p. 51.

³⁷ Fra i primi esempi di pronunce additive, v. Corte Cost., 16 dicembre 1970, n. 190. Con tale decisione la Corte nel dichiarare costituzionalmente illegittima la disposizione che prevedeva la presenza del pubblico ministero all'interrogatorio dell'imputato, puntualizzava che tale incostituzionalità era da addurre all'omissione del legislatore, ovvero "nella parte in cui esclude il diritto dell'imputato di farsi assistere dal difensore in occasione dell'interrogatorio".

³⁸ Nel senso di un ruolo di supplenza al fine di porre rimedio alla "lentezza del parlamento nell'assicurare pienamente la vigenza dei diritti di libertà e dei diritti umani", v. Carlo Amirante, "I diritti umani tra dimensione normativa e dimensione giurisdizionale?", in Lorenzo D'Avack (a cura di), *Sviluppo dei diritti dell'uomo e protezione giuridica*, Guida, Napoli, 2003, p. 48 e ss.

³⁹ Vedi, per tutti, Enzo Cheli, *Il giudice delle leggi*, Il Mulino, Bologna, 1996. In senso contrario, ovvero sul carattere non creativo delle addizioni introdotte da tale tipo di sentenze giacché la norma aggiunta dalla Corte verrebbe, "per così dire, trovata tra quelle a portata di mano o fatta derivare da un principio generale o, addirittura, tratta dalla stessa norma costituzionale violata", v. Vezio Crisafulli, "La Corte costituzionale ha vent'anni", AA.Vv., *La Corte costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, Il Mulino, Bologna 1978, p. 84, nonché Marco Bignami, "Brevi osservazioni sulla nozione di additività nelle decisioni della Corte costituzionale", *Giur. cost.*, 1996, pp. 1243 ss

⁴⁰ Così Laurence Friedman, *Total Justice*, Russell Sage Foundation, New York, 1994, p. 147 e ss. In quest'opera, l'autore riesce a fotografare i cambiamenti in atto nella giustizia americana mettendo in evidenza come questo potere, soggetto a richieste sociali sempre più incalzanti e frequenti di intervento per tutelare diritti in espansione a fronte di istituzioni lente e inefficienti, finisca coll'assumere una parte rilevante delle aspettative di giustizia. La giustizia diviene così da un lato una delle manifestazioni del potere normativo sociale, dall'altro rilevante strumento di trasformazione delle istituzioni politiche e sociali.

Con i 'nuovi strumenti' fondati sul principio di proporzionalità e sui principi-valori, come meglio chiariremo, si è però andati decisamente oltre. Oltre, cioè, lo stesso dettato del legislatore per riferirsi direttamente, come avviene peraltro con la sentenza L \ddot{u} th (che vedremo nel paragrafo seguente) appunto sui 'valori', ai diritti iscritti nella Costituzione tuttavia sminuiti in valori.

Il principio di proporzionalità è presente e rispettato anche nel nostro ordinamento da diverso tempo. A partire dai primi anni novanta, su influenza europea, affianco al principio di ragionevolezza, inizia infatti ad essere invocato nella giurisprudenza dei giudici amministrativi italiani su diverse questioni e persino su quelle che non hanno immediata rilevanza europea⁴¹.

La Corte costituzionale, dal canto suo, in un primo tempo richiama espressamente il principio soprattutto in riferimento al diritto penale, seppure poi precisa che deve considerarsi "valido per l'intero diritto pubblico"⁴². Considerandolo come "criterio generale" di congruenza degli strumenti normativi rispetto alle finalità da conseguire, limita di fatto il sindacato solamente a due dei tre elementi costitutivi del principio, ovvero alla idoneità e adeguatezza della scelta legislativa rispetto agli scopi⁴³. Salta agli occhi pure una certa reticenza iniziale della Corte quanto alla valutazione in ordine a questi due criteri (peraltro richiamati in termini generici e secondo una sequenza che li vede invertiti rispetto all'ordine tradizionale tedesco): tale ponderazione, oltre a quella in merito allo strumento sanzionatorio più efficace, sembra muovere in un ambito ove la Corte – come la stessa sostiene – non sembra idonea a condurre alcun apprezzamento.

Nello specifico dei diritti poi se già in una sentenza degli anni '70 si ammetteva la necessità delle limitazioni ai diritti primari e fondamentali dell'uomo che "diverrebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dell'ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti devono venir contemperati con le esigenze di una tollerabile convivenza"⁴⁴, solo in seguito, negli anni '90, si preciserà che la regola da seguire affinché tali restrizioni possano dirsi ammissibili è quella della "ragionevole proporzionalità e della necessità della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo": in virtù di questa regola, richiamata sommariamente e con poca chiarezza quanto ai criteri del sindacato, il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali, può restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo "soltanto nei limiti stret-

⁴¹ In proposito ad es., Cons. St., sez. V, 3.4.1990, n. 332, *Riv. giur. ed.*, 1990, I, p. 544 ss. In questo caso il giudice amministrativo si trova a dover sindacare sui presupposti di fatto che rendono legittimo l'uso del potere d'ordinanza *extra* e nell'evolvere il proprio orientamento e limitare tale potere ai casi di pericolo per l'incolumità pubblica per eventi eccezionali, richiede la realizzazione dell'interesse pubblico con il "minor sacrificio per i privati".

⁴² Corte Cost, sentenza del 18 luglio 1989, n. 409

⁴³ Corte Cost, sentenza del 25 ottobre 1989, n. 489

⁴⁴ Corte Cost, sentenza dell'8 luglio 1971, n. 168

tamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto⁴⁵. Nessun accenno si fa tuttavia alla idoneità e alla proporzionalità in senso stretto mentre è chiara la sovrapposizione e la confusione, almeno in questa fase iniziale, col principio di razionalità⁴⁶.

4. La teoria dei valori: ai primordi della giurisprudenza tedesca

Il principio di proporzionalità, o meglio l'operazione di 'bilanciamento' che questo principio comporta, si gioca sulla base di tre premesse essenziali: *in primis*, la natura 'aperta' delle norme recanti diritti fondamentali e quindi la loro indeterminatezza e con questa la loro mutevolezza ai fini interpretativi; in secondo luogo, il carattere non assoluto delle stesse norme e dunque la loro possibile limitazione in presenza di altri interessi/valori costituzionali; infine lo svilimento dei diritti fondamentali medesimi a interessi/valori.

A ben vedere il criterio del bilanciamento trova allora al proprio fondo la teoria dei diritti fondamentali/valori.

Tradizionalmente l'origine di tale 'teoria' è fatta risalire al 1958 - anche se l'originaria concezione dei diritti fondamentali come espressione del sistema culturale e di valori è ancor più datata, coincidendo con l'epoca weimariana⁴⁷ - allorché Dürig, con il suo noto commento alla Legge Fondamentale, soprattutto all'art. 1 GG, e la Corte costituzionale federale tedesca, con la rinomata sentenza "Lüth", declassarono i diritti fondamentali ad un mero ordine di valori.

In particolare, la *Bundesverfassungsgerichts* in questa pronuncia, dovendo giudicare su un ricorso proposto dal direttore dell'agenzia giornalistica di stato di Amburgo contro una pronuncia del giudice civile che lo condannava a sospendere gli appelli al boicottaggio dei films filonazisti di Harlan, nell'annullare la sentenza del tribunale si riservò un'ampia e discrezionale competenza a decidere sugli interessi in conflitto sostenendo che la legge fondamentale, che "non vuole essere un ordinamento neutrale rispetto ai valori, ha regolato nel settore dei diritti fondamentali anche un ordine obiettivo di valori"⁴⁸. In quest'ottica i diritti fondamentali, pur

⁴⁵ Corte Cost, sentenza del 19 dicembre 1991, n. 467

⁴⁶ Peraltro in una sentenza del 1990 espressamente la Consulta dichiara che il "principio di proporzione" è alla base della razionalità e domina il "principio di eguaglianza", così da regolare sempre l'adeguatezza della sanzione al caso concreto. Corte Cost, sentenza del 2 febbraio 1990, n. 40

⁴⁷ "Prescindendo completamente dal loro valore giuridico positivo, i diritti fondamentali proclamano un determinato sistema culturale e di valori, che deve dare significato alla vita dello stato instaurata da questa costituzione". Così Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, part. p. 164, come richiamato da Ernst Forsthoff, *Stato di diritto in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 202.

⁴⁸ BVerfGE 7, 198, Urteil vom 15. Januar 1958 - 1 BvR 400/51 - „Lüth-Urteil“: "Ebenso richtig ist aber, daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will (BVerfGE 2, 1 [12]; 5, 85 [134 ff., 197 ff.]; 6, 32 [40 f.]), in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt

proclamati - a detta della stessa Corte - a difesa del cittadino nei confronti dello stato e quindi pur dotati della classica natura garantista⁴⁹, traendo le proprie radici, quali diretta emanazione della Costituzione, da questo sistema oggettivo di valori, imporranno, essi stessi costituendo dei valori, un bilanciamento di interesse ("Güterabwägung"). Il che vale ad affermare, in definitiva, la natura "trascendentale" e non positiva dei diritti fondamentali e al contempo attribuire alla Corte il potere di stabilire, a seconda dei casi, il valore morale prevalente, con ampio margine di discrezionalità nonché di autonomia potendo andare anche contro il dettato dello stesso legislatore.

In verità il processo di 'giusnaturalizzazione' e quindi 'destrutturizzazione' dei diritti fondamentali aveva preso avvio in Germania già da qualche tempo, nella Corte Costituzionale tedesca ancor prima del 1958, come vedremo a breve, mentre nel dibattito giuridico a partire dalla pratica di cancellazione del passato - attuato all'insegna della formula *Unbewältigte Vergangenheit* - aperto all'indomani della fine della seconda guerra mondiale da un movimento dei giuristi. Fortemente critici nei confronti della Costituzione di Weimar che pure aveva portato alla teoria della 'oggettivizzazione' delle libertà - laddove i diritti fondamentali, avendo il carattere di diritto obiettivo, erano in definitiva in funzione degli obiettivi superiori dello stato - e infine alla degenerazione del sistema nel regime nazionalsocialista, i giuristi tedeschi finirono col mettere in discussione e in stato d'accusa il 'positivismo giuridico', reo, quale metodo logico-formale di costruzione/interpretazione del diritto e nella sua conseguente rigidità, di porsi al servizio del 'potere'⁵⁰: in particolare di quello assoluto del regime nazista la cui legge doveva prevalere nei rapporti sociali in ogni caso, incondizionatamente, e trovare applicazione senza alcuna possibilità di sindacarne il contenuto. In opposizione al positivismo giuridico e ai giuristi che se ne facevano portatori - accusati di non aver avuto la capacità di resistere⁵¹ - ma soprattutto all'onnipotenza della legge, si fece così deciso ritorno al 'giusnaturalismo', al diritto naturale inteso non solo nel senso di diritto immanente ma come possibile realizzazione di un concetto "materiale" e sostanziale della giustizia

(Klein-v. Mangoldt, *Das Bonner Grundgesetz*, Vorbem. B III 4 vor Art. 1 S. 93). Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden ...

⁴⁹ Cfr. Vincenzo Baldini, "L'attuazione dei diritti fondamentali come scelta politica e come decisione giurisdizionale", *AIC*, 2011.

⁵⁰ V. specificamente, tra i numerosi, Werner Weber, *Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz*, Karl-Friedrich Fleischer, 1949.

⁵¹ Così Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht", *Suddeutsche Juristen-Zeitung*, 1946, p. 5

e del diritto⁵², stante il suo carattere ‘aperto’ e i limiti derivanti da norme superiori a qualsiasi volontà umana imposti allo stesso potere sovrano. Non si approfondirono però le cause che nella loro evoluzione storico-costituzionale avevano condotto, utilizzando la Costituzione di Weimar, al regime nazionalsocialista. L’attacco al diritto positivo e il conseguente rifugio nel diritto naturale servirà allora da mero alibi di riscatto morale ai fini della ricostruzione dell’ordinamento costituzionale. La visione giusnaturalistica in ogni caso avrà un’influenza determinante anche nell’elaborazione della Legge Fondamentale oltre che delle Costituzioni dei Länder⁵³.

Prendendo a modello queste ultime Costituzioni ricche di norme di ispirazione giusnaturalistica e decidendo di collocare i diritti fondamentali al suo inizio - in contrapposizione alla scelta weimariana che li aveva posti in una sua seconda sezione - affinché non fossero solo una sua appendice e mere dichiarazioni, svuotabili a seconda dei fini perseguiti dal potere statale, la Legge Fondamentale introdusse, in merito agli stessi diritti, precisazioni importanti: nella formula di cui all’art. 1, comma 3, puntualizzò che “(...) i diritti fondamentali vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente vigente” - ovvero sono direttamente applicabili dai tre poteri dello stato, anche saltando l’intermediazione del legislatore - mentre nel disporre la riserva di legge, per porre comunque un limite agli eventuali interventi arbitrari del legislatore, specificò che “in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo contenuto essenziale” (art. 19, comma 2). Infine, la dignità umana - e non del solo cittadino, secondo una visione prestatale d’ispirazione giusnaturalistica - come principio inviolabile e quale norma-base della stessa Legge Federale, divenne obiettivo primario dello stato (art. 1, comma 1).

Da qui poi l’interpretazione scientifico- spirituale⁵⁴ che la Corte costituzionale federale giungerà a darne. A partire dall’affermazione del 1952, con cui si pone alla base dell’ordinamento costituzionale un ‘sistema di valori’ in grado di attribuire all’uomo ‘un suo valore autonomo’ e alla libertà ed eguaglianza ‘valori fondamentali perenni dell’unità statale’⁵⁵, così da sottendere il carattere giusnaturalistico di alcuni principi o norme-principio (*Grundsatznormen*) della Legge fondamentale,

⁵² Tesi sostenuta in particolare da Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.

⁵³ Sulla ricostruzione dell’atteggiamento dei giuristi verso la dottrina costituzionale del regime nazionalsocialista nonché sul passaggio essenziale al “nuovo stato tedesco occidentale”, v., in particolare, Carlo Amirante, *Diritti fondamentali e sistema costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Lerici, Cosenza, 1980. Per uno studio approfondito delle varie tesi, favorevoli o contrarie, elaborate dai giuristi tedeschi (in particolare, Denninger, Böckenförde, Ehmke e Hesse), a proposito del bilanciamento dei diritti fondamentali v. Alberto Vespasiani, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Cedam, Torino, 2002, p. 74 e ss.

⁵⁴ Cfr. Ernst Forsthooff, *Stato di diritto in trasformazione*, cit., p. 224.

⁵⁵ BverfGE 2, 1 Urteil vom 23 Oktober 1952, 1 BvB 1/51

carattere poi espressamente affermato in molte successive pronunce. Per arrivare quindi all'inaugurazione, con la citata sentenza Lüth, del metodo della gerarchia dei valori attraverso la c.d. valutazione degli interessi e beni e alla conseguente instaurazione della prassi con la quale la Corte si ascrive la "più ampia discrezionalità valutativa"⁵⁶, ricorrendo a questo metodo sempre più di frequente ed esplicitamente, al punto che d'allora in poi tutti i progetti politici del legislatore si troveranno ad essere minacciati costantemente dal giudizio di ponderazione dei valori⁵⁷.

In nome di una 'socializzazione' del diritto - laddove si utilizzano espressioni come 'costituzione nel suo complesso' oppure 'l'immagine dell'uomo della Legge fondamentale non è quella dell'individuo isolato ma della persona che vive nella comunità' - i diritti fondamentali da diritti di difesa (dallo stato) vengono così trasfigurati in meri valori, ovvero in norme-principio contenenti valori, vale a dire, in definitiva, un elemento squisitamente spirituale che necessita di considerazioni sociologiche e filosofiche più che giuridiche. Nell'esaltazione della loro dimensione sociale, tuttavia "senza che gli stessi rapporti sociali appaiano in questo concetto"⁵⁸, i diritti fondamentali assurgono a "principi di organizzazione sociale"⁵⁹, ma in quanto tali diventano altresì limitabili da vincoli sociali in virtù di un discrezionale giudizio di bilanciamento con cui si determinerà, nel caso concreto, il valore prevalente.

Alla luce del caso tedesco del 1958, peraltro la dottrina, in particolare a partire da Alexy⁶⁰, svilupperà, traendo ispirazione dal distinguo operato da Dworkin tra regole e principi (questi ultimi sviliti a meri valori), una teoria strutturale dei diritti fondamentali e del criterio di bilanciamento: i principi, come quelli disciplinanti diritti fondamentali, sono intesi come regole che "require that something be realized to the greatest extent possible given the legal and factual possibilities" e imporranno perciò, nel caso di conflitto, un sindacato non di validità ma di bilanciamento, una valutazione del 'peso' che ciascun diritto-interesse-valore viene ad assumere a seconda del caso della vita. In quest'ottica Dworkin affermò così non

⁵⁶ Questa critica è stata mossa da molti, in particolare, tra i primi, v. Helmut Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1973; Ernst Wolfgang Böckenförde, „Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1974, p. 1529 e ss; Erhard Denninger, „Freiheitsordnung - Wertordnung - Pflichtordnung“, *Juristenzeitung*, 1975, p. 545; Helmut Ridder, „Das Menschenbild des Grundgesetzes - Zur Staatsreligion der Bundesrepublik Deutschland“, *Demokratie und Recht*, 1979, p. 126; Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts, Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Suhrkamp, 1979.

⁵⁷ Sul punto, v. anche, Hasso Hofmann, *La libertà nello Stato*, Guida, Napoli, 2009, p. 43

⁵⁸ Cfr. Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts*, cit., p. 148 e ss.

⁵⁹ Così, Carlo Amirante, *Diritti fondamentali*, cit., p. 298.

⁶⁰ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Per l'autore la regola, a differenza dei principi, "contiene punti fissi nel campo del fatto e del diritto possibile", cioè, una regola "è una norma che può essere rispettata oppure no".

troppi anni or sono che i diritti fondamentali sono “political trumps held by individuals”⁶¹, finendo con sminuirne giuridicamente la portata.

Non v'è chi non vede allora come, seguendo questo ‘metodo scientifico-spirituale’, la classica funzione garantista dei diritti fondamentali non sarà più attuata sulla base delle tradizionali regole di interpretazione e, quindi, attraverso procedimenti di applicazione giuridica logicamente riproducibili e verificabili, ma mediante ‘valutazioni’ e, quindi, secondo un’operazione soggettiva del giudice che diviene in tal modo il “vero padrone di una società non più libera ma legata ai valori, o meglio, legata alle valutazioni”⁶².

5. Alcune considerazioni conclusive: l’egemonia dei giudici

La gerarchia di valori a cui si perviene attraverso la ‘metamorfosi’ dei diritti fondamentali, soggetta peraltro a continui mutamenti a seconda di opinabili valutazioni del giudice⁶³, finisce non per esaltarne – come pure si sostiene ritenendoli così capaci di ‘magnificare’ decisamente il momento applicativo⁶⁴ - ma per depotenziare il significato costituzionale dei diritti fondamentali⁶⁵: questi vengono invero a caratterizzarsi per un forte grado di indeterminatezza, flessibilità e, conseguentemente, cedevolezza⁶⁶.

Con il processo di denormativizzazione del parametro costituzionale quale deriva dalla trasposizione del piano delle norme al piano dei principi-valori, il rischio è che quel medesimo parametro possa essere ‘creato’ dallo stesso organo che invece dovrebbe assicurarne l’esistenza e il rispetto⁶⁷. Al contempo, la svalutazione della Costituzione, della “sua capacità di dire qualcosa”⁶⁸ rispetto al caso concreto e

⁶¹ Cfr. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978, p. XI. L’autore, evidenziando l’incapacità del giuspositivismo di tenere in reale considerazione l’effettiva pratica giudiziaria – di cui pone in particolare risalto l’esistenza di *standards* giuridici, ovvero i principi, che vanno oltre il diritto prodotto dalla statuizione - esalta la libertà del giudice che nel decidere i vari casi deve tenere come punto di riferimento le esigenze della comunità: in quest’ottica i diritti degli individui possono recedere per essere trasposti, secondo una logica utilitaristica, in “necessità” politiche della comunità.

⁶² Carlo Amirante, cit., p. 299.

⁶³ Ha messo per primo in rilievo questo aspetto Carl Schmitt, “La tirannia dei valori”, *Rass. Dir. pubbl.*, 1970, p. 6

⁶⁴ Cfr. Peter Häberle, *Veffarsung als öffentlicher Prozess*, Duncker und Humblot, Berlin, 1978, p. 155.

⁶⁵ Su questo profilo, in particolare nella giurisprudenza costituzionale italiana, v. Roberto Bin, *Diritti e argomenti - Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 4 e ss.

⁶⁶ Sul punto, v. specificamente, Stenlio Mangiameli, “La ‘laicità’ dello Stato tra neutralizzazione del fattore religioso e ‘pluralismo confessionale e culturale’ (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)”, *Dir. Soc.*, 1997, p. 27 ss.

⁶⁷ Sul punto vedi anche Francesco Rimoli, “Costituzione rigida, potere di revisione e interpretazione per valori”, *Giur. cost.*, 1992, p. 3777

⁶⁸ Cfr. Roberto Bin, “Che cos’è la Costituzione”, *Quad. cost.*, 2007, p. 27

al conflitto che questo implica, porta lo stesso giudice costituzionale a eludere il prodotto della fase di intermediazione tra il momento della Costituzione e quello del caso concreto dato dall'atto normativo del legislatore ordinario⁶⁹. Il giudice costituzionale con la sostituzione della tradizionale tecnica della 'sussunzione' con quella del bilanciamento giunge infatti ad adottare, pur non avendo il potere per farlo – essendo esso solo lo “strumento” per assicurare l'osservanza della Costituzione - una soluzione ‘salomonica’ arbitraria⁷⁰, arrogandosi una facoltà di decisione che si fonda sul riferimento a elementi che sono al di là non solo del testo ma dello stesso diritto. Queste entità assiologiche tanto invocate non sono così agevolmente individuabili *a priori* nell'ambito del diritto, apparendo peraltro l'uso del termine ‘valori’ improprio a più di qualche autore⁷¹ anche in relazione all'interpretazione. Il problema dei valori è così in primo luogo concettuale.

Mentre si può infatti molto chiaramente definire la norma giuridica in senso ampio come il significato di un insieme di enunciati che rendono obbligatorio, vietato o permesso un certo insieme di azioni, non altrettanto chiaro è invece che cosa potrebbe esattamente significare “valore” in un contesto giuridico, dato che il diritto, in via di principio, non dovrebbe essere altro che un insieme sistematico di norme: queste nel ‘modo’ in cui organizzano le azioni, preferendone una rispetta ad un'altra, implicano già un processo valutativo e procedono ad una valutazione. I valori dunque non si trovano in quanto tali nell'ordinamento giuridico. Cosicché questi o vanno intesi come 'valori normativi', ossia come concetti o principi desumibili logicamente dal sistema normativo e volti a individuare gli elementi di fondo caratterizzanti un sistema costituzionale e quindi sono un sinonimo di norma-principio, in tale ottica inutili 'cloni' dei principi costituzionali⁷². Oppure possono essere concepiti come 'parametri' precedenti al diritto positivo. In quest'ultimo caso allorché si fa cioè riferimento ai valori come qualcosa di diverso dalla norma, in definitiva al di fuori di questa, il fine sotteso a quest'operazione, in ambito giuridico, è però quello di cercar di promuovere atteggiamenti che non sono oggetto di permessi, obblighi o divieti per il diritto, attribuendo un ampio margine di discrezionalità, nel caso concreto, ad un organo, quello della Corte costituzionale, non

⁶⁹ Sulla ‘mediazione’ tra i casi concreti e i principi costituzionali segnata da atti imputabili a organi stabiliti dalla Costituzione e sul dissenso deciso con l'interpretazione della Costituzione per valori, *ibidem*, p. 30 e ss.

⁷⁰ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 1994, 316

⁷¹ Gaetano Azzariti, “Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla costituzione”, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, A. Palazzo (a cura di), Jovene, Napoli, 2001, p. 238 laddove sostiene che “solo la secolarizzazione del valore nel principio (...) rende questo utilizzabile dal giurista interprete della Costituzione”

⁷² In merito all'utilizzo dell'espressione “valori” e in particolare sui suoi due alternativi significati (come principi fondamentali dell'ordinamento, “formalizzati nella Costituzione perché patrimonio indisponibile” oppure con valenza di principi generali “non riducibile a regola definita, rilevante come tecnica di interpretazione più che per lo specifico suo contenuto”), v. anche Francesco Bilancia, “Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto”, *Giur. Cost.*, 1993, p. 3036.

legittimato ad adottare decisioni politiche e ancor più, in un sistema che si fonda sul principio di democrazia, privo dei caratteri della rappresentatività. A tutto ciò si aggiunga che il principio di proporzionalità invocato dalla giurisprudenza, ma anche dalla dottrina non è affatto presente nella Costituzione italiana, come neanche in quella tedesca o francese (l'unico caso in Europa, a quanto ci consta, è quello della Grecia).

Sono tanti dunque i punti di perplessità che l'introduzione di questa nuova "tecnica ricostruttiva ed interpretativa della Costituzione"⁷³ muove.

In *primis* quello riguardante l'oggettività del diritto.

Se questa 'univoca' tecnica ha l'indubbio pregio di immettere nell'ordinamento un'elevata dose di adattabilità degli interventi del giudice, ha però anche l'effetto "boomerang" di minare gravemente la certezza del diritto⁷⁴, trattandosi di interventi logicamente non prevedibili – giacché non scritti, né generali ed astratti, insomma positivizzati – che si traducono in norme create *ex novo* discrezionalmente dal giudice costituzionale senza alcun collegamento semantico-sostanziale con la norma, vale a dire ben al di fuori e al di là di ogni riferimento testuale ad essa. La Corte costituzionale si tramuta così da garante ad arbitro della Costituzione, illegittimamente restringendo e usurpando altri poteri sanciti dalla Costituzione⁷⁵.

Con il riferimento poi ai "valori" che pure non possono trovare 'concretizzazione' se non tramite norme, giacché queste norme – create in definitiva dal giudice a prescindere dal testo – non sono quelle della Costituzione, si perviene infine alla conseguenza che affermandosi che i valori iscritti nella Costituzione danno significato al testo al di fuori del significato dello stesso testo, in realtà si sta ragionando come se ci fossero due Costituzioni, quella del testo e un'altra nell' "anticamera", una sorta di retro-costituzione⁷⁶. Ne viene fuori una meta-Costituzione non scritta e niente affatto oggettiva – che va oltre alla distinzione tra costituzione formale e sostanziale – cui il giudice si riferisce direttamente⁷⁷ così da 'saltare', si deve ribadire, la legge ordinaria, servendo i 'valori', piuttosto che a specificare il contenuto

⁷³ Così Antonio Baldassarre, "Costituzione e teoria dei valori", *Giornate in onore di angelo Falzea*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁷⁴ Sul punto, con posizione fortemente critica, laddove si ritiene plausibile l'interpretazione applicativa dei valori materiali ma "con il limite invalicabile della Costituzione", v. Francesco Bilancia, cit., p. 3040

⁷⁵ Charles Fried, Two concept of interests: some reflections on the Supreme Court balancing text, *Harvard law Review*, 1963, p. 759

⁷⁶ Cfr. Otto Pfersmann, "The only constitution and its many enemies", in: Andras Sajó, Renata Uitz (éd.), *Constitutional Topography: Values and Constitutions*, Eleven International Publishing, Utrecht 2010, pp. 45 e ss.

⁷⁷ Sulla visione 'totalizzante' della Costituzione per la quale si pretende che tutto sia disciplinato da essa, v. Alessandro Pace, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *Quad. cost.*, 2001, p. 57 e ss. Quivi in particolare poi si veda l'attenta panoramica sui metodi adottati ai fini dell'interpretazione dei diritti fondamentali, dal metodo positivista a quello giuspositivista temperato sino alla teoria dei valori.

delle norme costituzionali⁷⁸ come poi tradotto nel dettato legislativo, a scavalcarne le prescrizioni tagliando fuori la stessa legge. Il che equivale a 'rivoluzionare' la competenza legislativa configurandola come una competenza governata da un principio – non costituzionale - che ne sancisce la minima capacità d'intervento e che quindi si pone come sua limitazione, quando non la escluda.

Per non dire infine che non esistendo nel campo dei principi un'unità di misura, non c'è qui una "moneta comune per rendere possibile un confronto tra principi"⁷⁹.

L'apertura del sistema dei diritti fondamentali alla società e ai 'valori' di cui questa sarebbe portatrice sconta insomma un prezzo decisamente elevato: quello di vedere posti sul piatto della bilancia diritti pure ritenuti sino a poco tempo fa quasi intoccabili – come il diritto alla libertà personale e alla salute – ben potendo poi pendere quella stessa bilancia, in maniera imprevedibile e discrezionale, soprattutto nelle fasi di crisi – di ristrutturazione economica ma anche del diritto - a favore di interessi contingenti e pure squisitamente economici. Perché nell'era della liberalizzazione dell'economia e della competizione selvaggia tutto ha un costo, specie i diritti fondamentali⁸⁰ e quindi tutto è valutabile, ponderabile e mercificabile anche l'incommensurabile come i diritti, poco importa poi non si tratti di beni materiali o servizi ma di semplici ideali positivizzati.

⁷⁸ Sul ruolo dei valori come mezzo che indagando la realtà sociale può aiutare a puntualizzare il contenuto delle norme costituzionali ma non a superarne le prescrizioni, v. Alessandro Pace, "Diritti fondamentali al di là della Costituzione", *Pol. dir.*, 1/1993, p. 6 e ss.

⁷⁹ Thomas Alexander Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal* 96, 1987, p. 973

⁸⁰ In merito, S. HOLMES – C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, tr. it., Bologna, 2000.

LAURA MONTANARI

RAPPORTO TRA CEDU E ORDINAMENTI NAZIONALI: UN QUADRO COMPARATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La CEDU: caratteri essenziali. – 3. I rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti nazionali. – 4. L'esperienza del Regno Unito e il difficile equilibrio tra tutela nazionale e internazionale dei diritti. – 5. Alcuni cenni, in prospettiva comparata, al caso italiano.

1. La riflessione sulla tutela dei diritti oggi non può fermarsi all'analisi dei cataloghi e degli strumenti predisposti a livello nazionale, ma impone il confronto anche con i sistemi operanti a livello internazionale e sovranazionale. Dopo il secondo conflitto mondiale, infatti, si è assistito, a partire dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, ad un'ampia diffusione di dichiarazioni e convenzioni internazionali dedicate ai diritti umani, che possono essere lette, pur con i limiti che si segnaleranno nel prosieguo, come l'indice di una progressiva internazionalizzazione della tutela dei diritti¹.

Nel contesto europeo questo fenomeno ha assunto un rilievo molto significativo e dei caratteri peculiari. Il punto di riferimento principale è certamente la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 - cui è dedicato questo intervento - che costituisce il primo strumento internazionale adottato a livello regionale per assicurare una garanzia effettiva ai diritti affermati dalla Dichiarazione del 1948². Le peculiarità del sistema istituito

¹ Sull'evoluzione della tutela dei diritti v. tra i molti Alessandra Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, il Mulino, Bologna, 2007 e Giuseppe Franco Ferrari, *Le libertà. Profili comparatistici*, Giappichelli, Torino, 2011.

² Com'è noto la Dichiarazione universale ha costituito un momento di passaggio chiave dell'evoluzione della tutela dei diritti; si possono ricordare al riguardo le parole di Norberto Bobbio secondo cui «si può dire [infatti] che oggi il problema del fondamento dei diritti dell'uomo ha avuto la sua soluzione nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre del 1948», con la conseguenza che «rispetto ai diritti dell'uomo il problema più grave del nostro tempo non era già quello di fondarli, ma di proteggerli»: v. *Presente ed avvenire dei diritti dell'uomo*, in *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 18-17. Per una sintetica ricostruzione del processo di adozione della dichiarazione e sui suoi caratteri fondamentali v. Antonio Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

Com'è noto, nonostante l'importanza fondamentale della Dichiarazione del 1948, che esprime il difficile consenso di Paesi portatori di concezioni dello Stato e del diritto profondamente differenti su di un comune *bill of rights*, la stessa è priva di efficacia vincolante e di strumenti per garantirne il rispetto. Per questa ragione, sono stati successivamente adottati ulteriori strumenti internazionali, sia a livello universale, come il Patto (delle Nazioni Unite) sui diritti civili e politici e il Patto (delle Nazioni Unite) sui diritti culturali, economici e sociali, entrambi del 1966, sia a livello regionale, come la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950, al fine di assicurare una tutela effettiva ai diritti previsti dalla Dichiarazione. Con riferimento alla Cedu si

dalla Cedu non solo ne hanno assicurato il successo in Europa, ma l'hanno resa un modello anche per altre esperienze in diverse aree geografiche³.

Negli anni più recenti, tuttavia, il quadro ha assunto una complessità maggiore nel momento in cui anche la Comunità (ora Unione) europea, organizzazione sovranazionale inizialmente finalizzata a sviluppare la collaborazione sul piano economico tra gli Stati membri, ha riconosciuto, attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia, la tutela dei diritti fondamentali tra i suoi compiti. In assenza di specifiche previsioni al riguardo nei Trattati istitutivi, tra l'altro, la Corte ha fatto riferimento per enucleare i diritti, da un lato, alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e, dall'altro, proprio alla Cedu⁴. Nel 2000 l'Unione europea si è finalmente dotata di un proprio *bill of rights*, la c.d. Carta di Nizza, ma molte delle relative previsioni, come emerge anche dalle spiegazioni che accompagnano il documento, sono ancora una volta ispirate alla Cedu. Infine, va segnalato che il Trattato di Lisbona - che nel 2009 ha significativamente riformato il quadro normativo dell'Unione - non solo ha attribuito alla Carta dei diritti fondamentali lo stesso valore, sul piano giuridico, del diritto primario, ma ha stabilito che l'Unione aderisce alla Cedu. Si è dunque avviato un

possono citare, tra gli altri, Sergio Bartole, Benedetto Conforti, Guido Raimondi (cur.), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001; Pieter Van Dijk, Godefridus Josephus Henricus van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, The Hague/London/Boston, 2003; Francis Geoffrey Jacobs, Robin C.A. Withe, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2010; Luca Mezzetti, Andrea Morrone, *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Giappichelli, Torino, 2011; Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Vladimiro Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2012.

³ Il caso più interessante è costituito sicuramente dalla Convenzione americana sui diritti umani del 1969, che analogamente alla Cedu prevede l'istituzione di una Corte internazionale, la Corte interamericana dei diritti umani; più complesso si è rivelato invece il processo per l'adozione della Carta africana e per l'introduzione anche questo contesto di un sistema giurisdizionale di controllo. Per un'analisi di queste diverse esperienze v. da ultimo Laura Cappuccio, Andrea Lollini, Palmira Tanzarella, *Le Corti regionali tra Stati e diritti*, ES, Napoli, 2012.

⁴ Com'è noto a partire dalla decisione *Stauder* del 1969 la Corte di giustizia ha per la prima volta considerato la tutela dei diritti fondamentali come «parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza»; tale soluzione è stata poi formalizzata con il Trattato di Maastricht che all'art. F prevedeva che «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione di Roma sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali, oltre che dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come principi generali del diritto comunitario». Anche dopo la riforma di Lisbona, nonostante il rilievo assegnato alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, tale previsione è stata comunque mantenuta (v. l'attuale versione dell'art. 6 del TUE).

Su questi aspetti si rinvia a Francisco Javier Matia Portilla (cur.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión europea*, Civitas, Madrid, 2002; Marta Cartabia, "L'ora di diritti fondamentali nell'Unione europea", in Id. (cur.), *I diritti in azione*, Il Mulino, Bologna, 2007 e Pasquale Costanzo, Luca Mezzetti, Antonio Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2008.

complesso processo per permettere all'Unione di diventare parte della Cedu, così come già lo sono tutti i suoi Stati membri⁵.

Si è fatto cenno a queste vicende per segnalare la ricchezza ma anche la complessità del quadro di riferimento europeo. Le formule utilizzate sono molteplici, dalla tutela multilivello dei diritti al sistema integrato di tutela dei diritti⁶; certamente tutte indicano la necessità di un'integrazione tra i diversi cataloghi e di un armonico coordinamento dei sistemi di garanzia, obiettivi che tuttavia non sempre sono facilmente realizzabili⁷. Accanto alle difficoltà di carattere tecnico e agli inevitabili punti di frizione, soprattutto negli ambiti più sensibili, tra le diverse concezioni dei diritti che rendono in alcuni casi difficile individuare uno standard comune condiviso, vi è un problema ulteriore, che solo negli ultimi anni sembra in corso di superamento, che è costituito dalla necessità un cambio di approccio, non solo da parte degli studiosi, ma soprattutto da parte degli operatori giuridici (giudici e avvocati innanzitutto), al fine di sviluppare la conoscenza delle esperienze degli altri Stati e dei sistemi sovranazionali e internazionali (almeno con riferimento all'ambito europeo).

Non a caso nella Dichiarazione di Brighton – documento adottato nell'aprile 2012 dalla Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo – si insiste proprio sulla necessità di migliorare la conoscenza del funzionamento del sistema della Cedu e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte di Strasburgo,

⁵ L'ipotesi dell'adesione della Comunità/Unione europea alla Cedu è da molto tempo oggetto di riflessione, anche se il parere 2/1994 della Corte di giustizia aveva rilevato la mancanza di una idonea base giuridica nei Trattati. Con la riforma di Lisbona si è intervenuti espressamente sul punto, prevedendo all'art. 6 che l'Unione aderisce alla Cedu. Si è dunque avviato un complesso percorso per conseguire tale obiettivo. E', infatti, necessario risolvere una serie di problemi di carattere tecnico per permettere l'adesione alla Cedu di un'organizzazione sovranazionale quale è l'Unione, i cui Stati membri, tra l'altro, già partecipano alla Convenzione. Sotto altro aspetto, particolarmente problematica risulta anche la definizione dei rapporti tra le Corti europee e con i giudici nazionali. V. su questi aspetti la *Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (2009/2241(INI)) (2011/C 161 E/12) e, da ultimo, il rapporto finale del quinto incontro tra i rappresentanti dei Paesi membri della Cedu e la Commissione europea del 5 aprile 2013, contenente la bozza dell'accordo di adesione http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1%282013%29008_fin_al_report_EN.pdf.

⁶ Numerosi sono stati in Italia i volumi dedicati a questi profili; si possono citare, ad esempio, Paola Bilancia, Eugenio De Marco (cur.), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2004 e Andrea Cardone, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2012.

⁷ Su questi aspetti di particolare interesse sono le riflessioni di Antonio Ruggeri che da tempo ha sviluppato una ricostruzione incentrata sulla teoria dell'interpretazione, volta a porre al centro la ricerca del livello più alto di garanzia dei diritti: v. da ultimo: *CEDU, diritto "europunitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, Relazione al secondo convegno "V. Aymone" su *Sistema penale e fonti sovranazionali: la giurisprudenza delle Corti europee ed il ruolo dell'interprete*, Lecce 19-20 aprile 2013, reperibile all'indirizzo internet diritticomparati.it.

anche attraverso la traduzione delle decisioni e la formazione dei giudici⁸. Fatta questa premessa sul quadro complessivo di riferimento, le prossime pagine saranno dedicate all'analisi del ruolo rivestito dalla Cedu, ruolo che verrà indagato da una specifica prospettiva che è quella del rapporto tra le fonti, nazionali e internazionali. Il dibattito più recente, in realtà, si è concentrato soprattutto sull'attività interpretativa dei giudici, individuata come il terreno fondamentale dove si può conseguire l'armonizzazione del complesso quadro normativo cui si è fatto cenno. Tuttavia, a mio parere, un'importante premessa per tali riflessioni continua ad essere costituita dalla definizione della posizione assegnata alle norme della Cedu nei diversi ordinamenti nazionali, che necessariamente condiziona anche le possibilità di intervento dei giudici. Dopo una sintetica ricostruzione dei caratteri essenziali del sistema istituito con la Cedu, si procederà dunque ad uno studio comparato delle diverse esperienze nazionali al fine di individuare le soluzioni adottate sul piano normativo e valutare le loro conseguenze sulla tutela dei diritti⁹.

2. Com'è noto, l'adozione della Cedu si colloca nel contesto dell'azione del Consiglio d'Europa, organizzazione internazionale costituita nel 1949 dai Paesi dell'Europa occidentale - in contrapposizione a quelli del blocco socialista - al fine di «pervenire ad un'unione più stretta fra i suoi membri, mediante la riaffermazione dei principi di democrazia e di rispetto dei diritti dell'uomo che sono loro patrimonio comune» e di favorire il loro progresso economico e sociale (art. 1 del Trattato istitutivo)¹⁰.

Uno dei primi interventi dell'organizzazione è stato proprio quello di proporre l'elaborazione di uno strumento giuridico internazionale destinato alla tutela dei

⁸ L'incontro è stato promosso dal Regno Unito nella sua qualità di titolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del Consiglio d'Europa, proseguendo l'esperienza sviluppata con le conferenze di Interlaken (2010) e Izmir (2011). Il testo finale della *Brighton Declaration* è reperibile all'indirizzo internet <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>; per un primo commento v. Vladimiro Zagrebelsky, "Note sulle conclusioni della Conferenza di Brighton "per assicurare l'avvenire della Corte europea dei diritti dell'uomo", nella rivista dell'Associazione dei costituzionalisti, n. 2/2012, reperibile all'indirizzo internet <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it> e Rosario Sapienza, "L'equilibrio fra ricorsi interni e ricorsi internazionali nel processo di riforma del sistema della convenzione europea dei diritti umani dopo la dichiarazione di Brighton", *La Comunità internazionale*, 2/2013, p. 309 ss.

⁹ Diversi sono gli studi in chiave comparata dedicati a questi aspetti, tra cui v. Conor A. Gearty (cur.), *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London 1997, p. 177 ss.; Robert Blackburn, Jörg Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001; Laura Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002 e, da ultimo, Giuseppe Martinico, Oreste Pollicino (cur.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and Eu Laws*, Europa Law Publishing, Groningen/Amsterdam, 2010. Con specifico riferimento alle nuove democrazie dei Paesi dell'Est europeo v. anche Oreste Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee*, Giuffrè, Milano, 2010.

¹⁰ Il trattato istitutivo del Consiglio d'Europa è stato sottoscritto a Londra il 5 maggio 1949 ed è entrato in vigore il successivo 3 agosto.

diritti umani. Ciò ha condotto all'elaborazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 5 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953¹¹.

Tale strumento è diventato negli anni un punto di riferimento essenziale sul piano della tutela dei diritti in ambito europeo. Non si deve dimenticare che dopo il crollo dei sistemi socialisti, la maggior parte dei Paesi dell'Est europeo ha aderito al Consiglio d'Europa e ha ratificato la Cedu, sicché oggi gli Stati coinvolti sono ben 47. Questo dato, insieme a quelli di carattere istituzionale, è indicativo della differenza rispetto al sistema dell'Unione europea, limitato invece a 28 Paesi. Del Consiglio d'Europa fanno parte, ad esempio, la Turchia, il cui processo di avvicinamento all'Unione europea si sta rivelando particolarmente difficoltoso, o la Russia, dove il consolidamento democratico non è esente da criticità, con la conseguenza che anche il sistema di garanzia istituito dalla Cedu vede il coinvolgimento di ordinamenti molto diversi fra loro, con la conseguente necessità di creare un terreno comune di dialogo sul piano della tutela dei diritti¹².

Dal punto di vista normativo, la Cedu è un trattato internazionale multilaterale con delle caratteristiche particolari che può essere opportuno segnalare. Come emerge anche dalla sistematica del testo, la Convenzione presenta, da un lato, un catalogo di diritti, cui è dedicato il titolo primo, e, dall'altro, un sistema di tutela giurisdizionale sul piano internazionale, delineato nel titolo secondo.

Quanto al primo aspetto, come accennato in premessa, la Convenzione si propone «di prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni diritti enunciati nella Dichiarazione Universale», sicché il suo contenuto si ispira al testo del 1948 e si caratterizza per la prevalenza dei diritti di libertà classici (come, ad esempio, il diritto alla vita, la libertà personale, la libertà di espressione ecc.). Negli anni successivi, tuttavia, grazie all'approvazione di diversi protocolli aggiuntivi e soprattutto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il novero delle posizioni protette si è significativamente ampliato, adeguandosi così all'evoluzione delle istanze della società civile¹³.

¹¹ V. *supra* i testi citati alla nt. 2.

¹² Si sono citate la Turchia e la Russia in quanto particolarmente indicative della complessa composizione degli aderenti alla Cedu. Tra l'altro si tratta dei Paesi con il maggior numero di ricorsi pendenti: la Russia 25.850 e la Turchia 16.660; anche se non si deve dimenticare che l'Italia si colloca subito dopo, al terzo posto, con ben 14.000 ricorsi pendenti. I dati si riferiscono al 31 marzo 2013 e sono reperibili sul sito della Corte all'indirizzo internet http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/70EB5DB7-1491-4629-AA7C-8BA70A318037/0/Stats_pending_month_2013_BIL.pdf.

¹³ Tra i più recenti si possono citare, ad esempio, il protocollo n. 12 sul divieto generale di discriminazione (2000), non ancora ratificato dall'Italia, e il protocollo n. 13 sull'abolizione della pena di morte in tutte le circostanze (2002), che ha richiesto nel nostro Paese la modifica della Costituzione per poter essere ratificato (l'art. 27 della Costituzione prevedeva infatti che «non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra», ora tale inciso è stato eliminato e il divieto ha assunto carattere assoluto, cosicché con la legge 179/2008, del 15 ottobre 2008, è stata autorizzata la ratifica del protocollo n. 13). Sul piano dell'evoluzione frutto della giurisprudenza della Corte,

Ratificando la Convenzione europea gli Stati si impegnano ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il rispetto dei diritti dalla stessa affermati. Si tratta di un'obbligazione di risultato, da cui discendono diverse conseguenze. Innanzitutto non vale per la Cedu il principio di reciprocità: il vincolo assunto dallo Stato non è condizionato dal comportamento degli altri membri. Sul piano dei rapporti tra le fonti, poi, ciò implica che lo Stato non è obbligato ad incorporare, nel proprio diritto interno, le norme della Cedu, affinché il sistema possa funzionare. È sufficiente, infatti, che garantisca, secondo le modalità che ritiene più opportune, il rispetto dei diritti riconosciuti in ambito internazionale. Se viola tale obbligazione, scatta il meccanismo di garanzia previsto dalla Convenzione.

La peculiarità della Cedu rispetto ad altre convenzioni internazionali in materia di diritti umani è costituita proprio dall'introduzione di un organo giurisdizionale internazionale di controllo - la Corte europea dei diritti dell'uomo - cui possono rivolgersi direttamente gli individui al fine di far accertare le violazioni dei diritti perpetrate dagli Stati parte. Si tratta del secondo profilo che caratterizza questo sistema e che costituisce, tra l'altro, uno degli esempi più significativi del riconoscimento del singolo quale soggetto del diritto internazionale. Non è richiesta, infatti, l'intermediazione degli Stati per rivolgersi alla Corte ed anzi il ricorso individuale è volto proprio a far accertare l'inadempimento degli Stati.

Non è possibile in questa sede ricostruire l'evoluzione del sistema di garanzia, che nella sua versione originaria prevedeva diverse restrizioni ai diritti dei singoli finalizzate a tutelare la posizione degli Stati. Tuttavia, a partire dall'entrata in vigore, nel 1998, dell'undicesimo protocollo, si è definita l'attuale configurazione, che vede come unico organo di controllo la Corte di Strasburgo e assicura a tutti gli individui il diritto d'accesso¹⁴.

Il giudizio innanzi alla Corte europea ha carattere sussidiario, poiché presuppone, secondo quanto previsto dall'art. 35 della Cedu, il previo esaurimento dei ricorsi interni. Questa soluzione esprimeva, inizialmente, l'esigenza di assicurare agli Stati la possibilità di eliminare la violazione prima di essere oggetto di una condanna a livello internazionale. Nel tempo, tuttavia, essa assunse un significato più ampio, nel senso che può essere letta anche nella prospettiva di un rafforzamento della tutela dei singoli. I giudici nazionali, infatti, sono più facilmente accessibili e conoscono meglio le peculiarità di ciascuna esperienza. Ciò dovrebbe con-

particolarmente significativo risulta il caso della protezione dell'ambiente, che pur in assenza di riferimenti specifici ha assunto negli anni un rilievo particolarmente significativo: v. sul punto Caterina Drigo, "La protezione dell'ambiente nella Cedu", in Luca Mezzetti, Andrea Morrone (cur.), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, cit., p. 457 ss.

¹⁴ Inizialmente, infatti, operava come organo di controllo anche la Commissione, mentre il diritto al ricorso individuale presupponeva l'accettazione da parte degli Stati: v. per una sintetica ricostruzione della riforma Antonio Bultrini, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive", *Corriere giuridico*, 1999, p. 642 ss.

durre progressivamente alla diffusione e alla condivisione di uno standard comune di garanzie. Si tratta comunque di un percorso complesso e non privo di tensioni, come evidenziano le discussioni oggi in atto in diversi Paesi parti.

La garanzia del rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione a livello nazionale è sicuramente facilitata dalla possibilità che i giudici applichino direttamente le norme del trattato internazionale. Ciò presuppone, ovviamente, che si sia proceduto all'esecuzione dello stesso nel diritto interno. Come già accennato, questo passaggio non è necessario per il funzionamento del sistema previsto dalla Cedu, ma sicuramente si rivela particolarmente utile per rafforzare la tutela dei diritti. Del resto oggi tutti gli Stati parti hanno provveduto all'incorporazione della Cedu, anche se non si deve dimenticare che il Regno Unito, uno dei primi a ratificarla, ha approvato la legge di esecuzione solo nel 1998.

Le soluzioni adottate a questo riguardo sono riconducibili ai due modelli dell'adattamento automatico e dell'adattamento speciale¹⁵. Nel primo caso viene operato un rinvio alla fonte internazionale, di modo che tutte le norme prodotte da quella fonte esplicano i loro effetti direttamente a livello nazionale. E' la soluzione prevista dall'art. 10 della Costituzione italiana per le norme di diritto internazionale generale, ma altri Paesi adottano soluzioni analoghe anche per il diritto internazionale pattizio, stabilendo che i trattati una volta ratificati ed entrati in vigore in ambito internazionale producano i loro effetti anche all'interno degli Stati parte. Nel caso dell'adattamento speciale, invece, si richiede volta per volta l'adozione di uno specifico atto normativo nazionale – generalmente una legge ordinaria - che traduca le norme internazionali in regole giuridiche applicabili anche sul piano interno. Nel caso di trattati *self-executing*, le cui previsioni cioè sono sufficientemente dettagliate ed idonee ad avere immediata applicazione, la legge può limitarsi a contenere l'ordine d'esecuzione, riportando poi il testo del trattato in allegato.

La forma di adattamento prescelta, come vedremo, non è ininfluente rispetto alla collocazione delle norme di derivazione internazionale nel diritto interno e quindi alla forza che alle stesse è assegnata rispetto agli interventi del legislatore nazionale.

3. Con riferimento alla Cedu, sulla base dell'analisi comparata delle diverse esperienze nazionali, si possono identificare tre diverse soluzioni. Le norme della Convenzione, infatti, si possono collocare a livello: i) costituzionale; ii) intermedio tra Costituzione e legge (cosiddetto livello superlegislativo); iii) legislativo¹⁶.

¹⁵ V. per l'utilizzazione di questa distinzione, ad esempio, Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 1993, p. 119 ss.

¹⁶ Si rinvia per l'approfondimento delle diverse ipotesi a Laura Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, cit.

i) Livello costituzionale. Si tratta di un'ipotesi molto particolare e proprio per questo motivo relativamente poco diffusa. Si possono inserire in questa categoria i casi dell'Austria e dei Paesi Bassi, nonché – con le precisazioni che si fanno in seguito – quello della Bosnia ed Erzegovina.

Nel caso dell'Austria vi è un'espressa previsione normativa che stabilisce la collocazione della Cedu. Nel 1964, infatti, viene adottata una legge di revisione della procedura di incorporazione dei trattati, la quale riconosce che una serie di trattati - tra cui è espressamente menzionata la Cedu - si devono considerare stipulati nelle forme previste dall'art. 49 Cost. per i trattati che «modificano o integrano la Costituzione». Proprio il mancato rispetto di tale modalità di approvazione aveva in precedenza determinato alcune incertezze sul grado da assegnare alla Convenzione: alla luce di ciò la legge del 1964 è stata unanimemente interpretata come un'affermazione del rango costituzionale delle norme di origine pattizia¹⁷. Non si deve dimenticare che in Austria il quadro costituzionale è particolarmente complesso: oltre al testo della Costituzione, vi sono altre fonti poste sullo stesso piano, tra cui la Cedu. Quest'ultima è un punto di riferimento essenziale sul piano della tutela dei diritti, tanto che nella giurisprudenza della Corte costituzionale federale risulta uno dei parametri maggiormente utilizzati¹⁸.

Nel caso dei Paesi Bassi, invece, tale valutazione avviene sul piano interpretativo, alla luce della particolare apertura di questo ordinamento nei confronti del diritto internazionale (da alcuni considerata espressione di un'impostazione monista). L'art. 94 prevede che i trattati entrino a far parte del diritto interno immediatamente dopo la pubblicazione, si tratta quindi di una forma di adattamento automatico; la medesima disposizione prevede poi la disapplicazione delle norme interne in contrasto con i trattati internazionali («le disposizioni giuridiche in vigore nel Regno non sono applicabili se la loro applicazione non è compatibile con disposizioni di trattati o di decisioni di organizzazioni di diritto pubblico internazionale che vincolano ogni persona»). L'aspetto interessante è che non viene previsto in quell'ordinamento un controllo di costituzionalità sulle leggi, ma solo quello sul rispetto dei trattati, sicché Cedu è diventata il parametro per un sindacato diffuso a garanzia dei diritti: «La Convention [...] constitue le mur de protection du citoyen contre l'arbitraire possible de la politique»¹⁹.

A questi due casi si potrebbe aggiungere, anche se la soluzione è per alcuni versi oggetto di discussione, il caso della Bosnia ed Erzegovina. Si tratta però di una

¹⁷ Cfr. da ultimo Philipp Cede, "Report on Austria and Germany", in Giuseppe Martinico e Oreste Pollicino (cur.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and Eu Laws*, cit., p. 55 ss., spec. 62 ss.

¹⁸ Alcune indicazioni sulla giurisprudenza più significativa si possono vedere nelle rassegne di Elena D'Orlando pubblicate periodicamente nella rivista *Giurisprudenza costituzionale* (v. da ultimo "La giurisprudenza costituzionale austriaca nel biennio 2010-2011", *Giur. cost.*, 2012, n. 5).

¹⁹ Così Thijmen Koopmans, "La Convention européenne des droits de l'homme et le juge néerlandais", *Revue internationale droit comparé*, 1999, spec. p. 23.

situazione molto particolare, perché siamo di fronte ad un esempio di Costituzione internazionalizzata, in quanto la Costituzione della Bosnia ed Erzegovina è parte dell'accordo di pace di Dayton del 1995, che ha posto fine al conflitto che ha dilaniato il Paese dopo la dissoluzione della Jugoslavia socialista, di cui costituisce l'allegato IV²⁰. La Costituzione non contiene un vero e proprio catalogo di diritti, ma solo un elenco che viene integrato attraverso il rinvio ad una serie di trattati internazionali. Tra questi una particolare posizione è riconosciuta alla Cedu, rispetto alla quale si prevede che «The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law» (Art. II, Paragraph 2 International Standards). Tale disposizione potrebbe essere interpretata nel senso di attribuire alla Cedu una posizione addirittura superiore alla Costituzione, tuttavia la giurisprudenza più recente della Corte costituzionale propone una ricostruzione differente, affermando invece la supremazia della Costituzione, dalla quale la Cedu trarrebbe il suo peculiare rilievo²¹.

ii) Livello superlegislativo. E' questa la soluzione maggiormente diffusa tra i Paesi parti della Cedu. Si prenderà in esame in modo più approfondito il caso francese, che può essere considerato una sorta di modello e che può essere utile anche per un confronto – come si vedrà – con la situazione italiana, ma la medesima tecnica viene utilizzata da quasi tutti i Paesi che negli anni più recenti sono tornati alla democrazia in Europa. Il riferimento è al processo di democratizzazione degli anni '70, in Spagna, Portogallo e Grecia, e soprattutto a quello degli anni '90 nei Paesi dell'Est.

In tutti questi casi, la particolare collocazione del diritto internazionale pattizio (e quindi della Cedu) è espressamente prevista a livello costituzionale. Si possono citare come esempio le disposizioni della Costituzione francese. L'art. 53 stabilisce l'efficacia immediata delle norme pattizie: «[i trattati] entrano in vigore dopo la ratifica o l'approvazione», delineando una forma di adattamento automatico per il diritto internazionale pattizio. L'art. 55 afferma poi la prevalenza delle norme di derivazione internazionale sulle leggi in contrasto: «I trattati o accordi regolarmente

²⁰ Sul complesso quadro costituzionale della Bosnia ed Erzegovina si rinvia per tutti a Jens Woelk, *La transizione costituzionale della Bosnia ed Erzegovina*, Cedam, Padova, 2008; v. anche il sito del "Constitutional reform in BH" all'indirizzo internet www.ustavnareforma.ba/en/welcome_note.html, promosso dalla Konrad Adenauer Foundation e dalla European Academy di Bolzano (EURAC), con il sostegno del Consiglio d'Europa, dove è già disponibile un ampio commento alla Costituzione vigente: Christian Steiner, Nedim Ademović (cur.), *Constitution of Bosnia and Herzegovina Commentary*, Sarajevo, 2010.

²¹ Sul ruolo della Cedu in Bosnia ed Erzegovina, v. Laura Montanari, "La tutela dei diritti in Bosnia ed Erzegovina: il complesso rapporto tra Camera dei diritti umani, Corte costituzionale e Corte di Strasburgo", in Giuseppe Franco Ferrari (cur.), *Corti nazionali e Corti europee*, ESI, Napoli, 2006, p. 159 ss.

te ratificati o approvati hanno, una volta pubblicati, efficacia superiore a quella delle leggi, con riserva, per ciascuno accordo o trattato, della sua applicazione dall'altra parte». Infine, l'art. 54 prevede una forma di controllo preventivo di costituzionalità, facoltativo, sui trattati internazionali, che indirettamente ne conferma la subordinazione alla Legge fondamentale: «Quando il Consiglio costituzionale adito [...] dichiara che un impegno internazionale contiene clausole contrarie alla Costituzione, l'autorizzazione a ratifica o ad approvare l'impegno internazionale in questione può intervenire solo dopo la revisione della Costituzione».

Alla luce delle disposizioni appena richiamate, si può dunque definire la particolare posizione delle norme convenzionali. Esse producono immediatamente i loro effetti nel diritto interno dopo la ratifica, senza che sia necessario un provvedimento di esecuzione, prevalgono sulla legislazione interna in contrasto, mentre sono subordinate rispetto alla Costituzione²².

Una volta individuata la collocazione si pone il problema delle modalità per assicurare la prevalenza delle norme della Cedu sul diritto interno in contrasto. Al riguardo il caso francese è particolare, in quanto il Consiglio costituzionale con una giurisprudenza risalente agli anni '70 si è sempre rifiutato di svolgere il controllo sul rispetto del diritto internazionale e in particolare della Cedu, sicché tale compito è stato svolto dai giudici comuni attraverso quello che viene definito come controllo di convenzionalità e che conduce alla disapplicazione della legge nazionale. Va ricordato che, fino alla revisione costituzione del 2008, in Francia il controllo di costituzionalità era solo preventivo, con la conseguenza che la legge una volta entrata in vigore non poteva essere sottoposta al controllo del Consiglio nel caso sorgessero (al momento della sua applicazione) dei dubbi di costituzionalità, ma poteva essere oggetto di un controllo di convenzionalità da parte dei giudici comuni, cosicché la Cedu costituiva il parametro fondamentale per la tutela dei diritti di fronte all'esercizio del potere legislativo. Nel 2008 è stata introdotta una forma di controllo successivo di costituzionalità, di carattere incidentale, che potrebbe rendere il quadro più complesso. Il giudice costituzionale, comunque, sembra voler confermare il suo approccio consolidato rispetto al diritto internazionale, anche se la questione di costituzionalità ha carattere prioritario e quindi deve essere affrontata con precedenza rispetto a quella relativa al rispetto della Cedu²³.

In altri ordinamenti, in particolare in quelli dei Paesi dell'Est, il controllo sul rispetto delle norme internazionali è attribuito direttamente alla Corte costituziona-

²² Su questi profili si può citare Denis Alland, "Le droit international «sous» la Constitution de la Ve République", *Rev. dr. publ.*, 1998, p. 1649 ss.

²³ Si rinvia su questi aspetti a Frédéric Sudre, "Question préjudicielle de constitutionnalité et CEDH", *Rev. dr. publ.*, 2009, p. 671 ss.

le, soluzione che assicura una maggiore certezza dei rapporti giuridici, con l'eliminazione delle norme interne in contrasto²⁴.

Una considerazione a sé merita, in questo contesto, il caso spagnolo, dove la Costituzione presta una speciale attenzione, all'interno di uno schema generale analogo a quello appena richiamato, al diritto internazionale dei diritti umani. L'art. 10.2, infatti, prevede che «le norme relative ai diritti fondamentali e alla libertà, riconosciute dalla Costituzione, s'interpreteranno in conformità alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e ai trattati e accordi internazionali nelle stesse materie ratificati dalla Spagna»²⁵. Questa disposizione è indice della speciale attenzione riservata ai trattati sui diritti dell'uomo, che effettivamente sono peculiari rispetto agli altri trattati internazionali. Ancora una volta il contesto dove questa particolarità viene fatta valere è quello interpretativo. Tuttavia appare di particolare rilievo e complessità il fatto che le stesse norme costituzionali debbano essere interpretate in conformità ai trattati internazionali sui diritti umani.

iii) *Livello legislativo*. Vi è poi una serie di Paesi in cui la Cedu è collocata a livello legislativo. In questi ordinamenti, si utilizza una forma di adattamento speciale e si procede con legge ordinaria, con la conseguenza che le norme di derivazione internazionale assumono la medesima collocazione di tale fonte. Sono riconducibili a questa categoria i Paesi Nordici, il Regno Unito e soprattutto, per quello che maggiormente ci tocca, l'Italia e la Germania.

Questa soluzione e le conseguenze che produce sul piano dei rapporti tra le fonti risultano evidentemente problematiche. Nel caso di contrasto con la disciplina interna, infatti, si dovrebbe applicare il criterio cronologico, assicurando in ipotesi la prevalenza alla legge successiva lesiva dei diritti della Cedu. Tuttavia la Convenzione ha evidentemente un contenuto "costituzionale" e non può essere "lasciata in balia" delle scelte del legislatore nazionale.

In Italia e in Germania si è cercato negli anni di assicurare una copertura costituzionale alla Cedu, ancorandola a specifiche disposizioni della Carta fondamentale: da un lato, quelle che affermano la centralità della persona umana e dei suoi diritti inviolabili (art. 2 Cost. italiana e art. 1 Cost. tedesca), dall'altro quelle relative ai rapporti con il diritto internazionale (artt. 10 e 11 Cost. italiana e art. 25 Cost. tedesca).

Le Corti costituzionali di entrambi i Paesi, però, non hanno mai accolto queste soluzioni, con la conseguenza che si è cercato di risolvere il problema sul piano interpretativo. Per il caso italiano, tale approccio ha raggiunto la sua massima

²⁴ Per un'analisi dell'esperienza dei Paesi dell'Est europeo, v. per tutti Oreste Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporti tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit.

²⁵ V. sul caso spagnolo Alejandro 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.

espressione nella decisione 388/1999, in cui si è affermato, innanzitutto, che “indipendentemente dal valore da attribuire alle norme pattizie” i diritti riconosciuti nelle convenzioni internazionali trovano analoga espressione e garanzia anche nella Costituzione, che all’art. 2 riconosce i diritti inviolabili della persona, per poi aggiungere, ed è questa la parte più interessante, che «al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nell’interpretazione».

Oggi il quadro di riferimento è cambiato a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, in forza della quale l’art. 117, c. 1 stabilisce 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».

Tale disposizione ha una portata fortemente innovativa proprio in relazione al diritto internazionale pattizio in generale e alla Cedu in particolare. È significativo che la Corte costituzionale non ne abbia fatto applicazione sino al 2007, quando con le due famose sentenze 348 e 349 ha modificato la propria giurisprudenza ed ha affermato la prevalenza delle norme della Cedu sul diritto interno, considerandole come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità. La legge che viola una norma della Cedu viola indirettamente l’art. 117 Cost. e quindi deve essere dichiarata incostituzionale dalla Corte. Va messo in evidenza che la Corte costituzionale esclude in modo assoluto la possibilità che i giudici comuni disapplicino le norme in contrasto con la Cedu (non possono fare un controllo diffuso di convenzionalità come in Francia, ma devono rivolgersi alla Corte costituzionale)²⁶.

Va ricordato che anche nei Paesi nordici si è sempre cercato di risolvere il problema del rapporto tra la Cedu e il diritto interno sul piano interpretativo, in particolare attraverso la cosiddetta “interpretazione conforme”, che oggi tanto rilievo ha anche nel nostro sistema. Tale tecnica parte dalla presunzione secondo cui deve ritenersi che gli organi costituzionali (e quindi anche le Camere) nella loro azione rispettino ed intendano rispettare gli obblighi internazionali assunti dallo Stato. Di conseguenza si deve cercare, in particolare il giudice deve cercare, di risolvere gli eventuali conflitti sul piano interpretativo, interpretando cioè il diritto interno in modo conforme alla Cedu. Ciò ovviamente nel limite del possibile, salvo quando sorga un conflitto insanabile.

²⁶ Sull’esperienza italiana oramai la letteratura è amplissima; per una riflessione sulle decisioni 348 e 349 del 2007 si possono richiamare i lavori pubblicati nella rivista *Diritto pubblico comparato ed europeo* n. 1/2008, 171 ss. e nella rivista *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2008, p. 291 ss., nonché Carmela Salazar, Antonino Spadaro (cur.), *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2009.

4. All'interno dei Paesi in cui la Cedu è collocata a livello legislativo, un caso interessante è quello del Regno Unito, che mette in luce la particolare complessità dei rapporti tra i sistemi nazionali e quello della Cedu²⁷.

Va ricordato infatti che il Regno Unito, da un lato, fu il primo Stato a ratificare la Cedu nel 1951, dopo aver ampiamente contribuito alla sua redazione, ma, dall'altro, solo nel 1998 ha provveduto alla sua incorporazione, adottando una soluzione molto particolare di cui si dirà nel prosieguo. La difficoltà di trovare un equilibrio tra il sistema nazionale (potremmo dire l'identità nazionale) e la Cedu è riemerso con forza negli anni più recenti, anche a fronte di alcune condanne della Corte di Strasburgo, e trova un indice molto significativo nelle proposte formulate nel febbraio 2012 dal Regno Unito – quale titolare della presidenza del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa – in vista della Conferenza sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo cui si è fatto cenno in premessa. Tali indicazioni, come vedremo, trovano in parte risposta nella Dichiarazione finale della Conferenza che si è svolta a Brighton dal 19 al 20 aprile 2012 (la c.d. *Brighton Declaration*)²⁸.

Nel Regno Unito la resistenza rispetto all'incorporazione della Cedu si collega alle peculiarità del sistema istituzionale, caratterizzato da un lato dalla gelosa difesa della sovranità del Parlamento e dall'altro dal riconoscimento del ruolo fondamentale svolto dalla *common law* (e dai giudici) nella protezione dei diritti. La storia britannica si può rileggere attraverso la lotta del Parlamento per affermare il proprio ruolo nei confronti del Sovrano, culminata con la Gloriosa rivoluzione e l'adozione del *Bill of Rights* nel 1688. Nonostante diversi documenti, a partire dalla *Magna Carta* del 1215, affermino e tutelino i diritti, nel Regno Unito non vi è un catalogo costituzionale, né – com'è noto – una Costituzione scritta; la legge mantiene dunque il suo ruolo centrale e potrebbe, teoricamente, modificare o derogare anche le normative più risalenti in materia di diritti, attraverso l'applicazione del criterio cronologico che regola i rapporti tra le fonti. Accanto alla sovranità del Parlamento, però, non si deve dimenticare il rilievo riconosciuto all'opera del Giudiziario. La *common law*, diritto di origine giurisprudenziale che affonda le sue radici nelle riforme introdotte dopo la conquista normanna del 1066, ha permesso il riconoscimento di alcuni principi fondamentali, come quello dell'*habeas corpus*,

²⁷ Tra la bibliografia in lingua italiana più recente si possono citare: Valeria Camilli, "Tutela dei diritti nei Paesi "senza costituzione". Lo Human Rights Act del 1998. Vale ancora la sovranità del Parlamento nel Regno Unito", in Mario Patrono (cur.), *Studiando i diritti*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 205 ss.; Rosario Sapienza, "Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi "to take into account" la giurisprudenza della Corte di Strasburgo", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, pp. 253 ss.; Silvia Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Giappichelli, Torino, 2010.

²⁸ Una ricostruzione di queste vicende si può vedere il documento pubblicato dalla Camera dei Comuni, *The UK and Reform of the European Court of Human Rights*, Standard Note: SN/IA/6277, 27 aprile 2012, reperibile all'indirizzo internet www.parliament.uk/briefing-papers/SN06277.pdf.

che assicurano attraverso l'opera di giudici la tutela dei singoli anche rispetto agli atti dell'autorità pubblica. Questi due assi – centralità del Parlamento e ruolo dei giudici – creavano secondo un'opinione generalmente condivisa uno strumentario più che idoneo assicurare i diritti dei singoli, di modo che non era necessaria l'incorporazione della Cedu. Eventualmente il sistema europeo avrebbe operato sul piano internazionale, anche se in modo molto limitato. Inizialmente, infatti, come accennato, la possibilità che anche i singoli si rivolgessero alle istanze internazionali di controllo presupponeva il riconoscimento da parte dello Stato del diritto al ricorso individuale, riconoscimento che il Regno Unito ha effettuato solo nel 1966.

Prima di allora la mancata incorporazione impediva di far valere innanzi ai giudici nazionali i diritti riconosciuti dalla Convenzione e, nello stesso tempo, era preclusa anche la possibilità sussidiaria (in questo caso anzi surrogatoria) di agire in sede internazionale.

La riforma del 1966 ha profondamente modificato il ruolo della Cedu nell'ordinamento britannico ed ha costituito il punto di passaggio fondamentale del lungo cammino che ha condotto all'adozione dello *Human Rights Act*. I limiti all'azionabilità dei diritti in ambito nazionale hanno, infatti, progressivamente portato ad un forte sviluppo del contenzioso a livello europeo, cosicché nell'arco di pochi anni i ricorsi e le condanne nei confronti del Regno Unito sono divenuti quantitativamente secondi solo a quelli contro l'Italia. Anche questa circostanza ovviamente ha dato forza al dibattito sull'incorporazione, che era vista come una sorta di strumento di difesa: la possibilità di far valere i diritti della Cedu innanzi ai giudici nazionali avrebbe aiutato a ridurre il contenzioso internazionale.

Dalla fine degli anni '60 (la prima proposta viene formulata da Anthony Lester nel 1968), però, si è dovuti arrivare sino al 1998, al governo laburista di Tony Blair, per avere l'adozione di una legge in materia. Sino ad allora, sono stati i giudici i principali attori, che attraverso lo sviluppo della tecnica dell'interpretazione conforme hanno cercato di garantire nella maggiore misura possibile il rispetto della Cedu nell'ordinamento nazionale.

Nel Regno Unito, per i caratteri cui si è fatto cenno prima, però, la loro azione è risultata particolarmente complessa. Per un primo aspetto, la primazia del Parlamento costituisce un limite invalicabile all'interpretazione degli *statutes*: il riferimento alla Convenzione può aiutare a chiarire incertezze ed ambiguità, ma non può in alcun caso portare al superamento dell'intenzione del legislatore quando questa emerge in modo evidente dal testo. E' vero che gli organi dello Stato devono rispettare gli impegni internazionali, ma il Parlamento è comunque libero di decidere di derogare a tali obblighi. Analoghi problemi si pongono in relazione alla *common law*. Anche in questo caso si è cercato di restringere l'utilizzo delle norme della Cedu da parte dei giudici. Secondo la tesi più restrittiva, le norme della Convenzione si potrebbero utilizzare – analogamente a quanto si è prospettato per gli *statutes* - solo nel momento in cui la *common law* è incerta o ambigua. Non è tuttavia

mancato chi ha ipotizzato che il contributo delle norme internazionali possa valere anche là dove ci sia “un evidente vuoto che va colmato”: aprendo piuttosto in tal caso l’inedita prospettiva della formazione di principi di *common law* sulla base di spunti “esterni” al sistema.

Questi orientamenti interpretativi hanno dato luogo a reazioni contrapposte. Da un lato, sono stati ritenuti insufficienti a superare i limiti derivanti da una impostazione del sistema dei diritti in chiave essenzialmente negativa, quale è quella che caratterizza l’ordinamento inglese. Anche se tutto ciò che la legge non vieta è ammesso, mancano gli strumenti per individuare il novero delle posizioni giuridiche soggettive azionabili: il richiamo alla Cedu non può essere utilizzato né per costruire autonomamente nuovi diritti, né per invalidare la legislazione interna limitativa. Dall’altro lato, invece, si è contestato l’eccessivo rilievo attribuito alla Convenzione dai giudici. Si è parlato di una sorta di *incorporation through the back door*: in questo modo proprio il Parlamento veniva escluso dalla decisione fondamentale relativa all’efficacia nel diritto interno delle norme pattizie, mentre il Giudiziario ampliava i suoi strumenti di interpretazione e, indirettamente, di controllo sulla legislazione nazionale.

L’ultima fase del dibattito sull’incorporazione della Cedu si è aperta in occasione della campagna elettorale del 1997, quando i Laburisti hanno prospettato, nel proprio programma di governo, anche l’introduzione di una specifica disciplina in materia di diritti: tale ipotesi troverà concretizzazione, dopo la vittoria elettorale, nel libro bianco *Rights Brought Home*, che condurrà all’approvazione il 9 novembre 1998 dello *Human Rights Act*, entrato in vigore nell’ottobre del 2000.

Lo *Human Rights Act* è stato dunque visto come il punto di arrivo di una lunga e faticosa vicenda, che forse, come sembra emergere dal dibattito più recente, non è ancora completamente chiusa. Si è parlato di una piena incorporazione della Cedu nel diritto britannico, tuttavia, come cercherò di illustrare, la lettura della soluzione adottata è meno semplice.

La chiave di interpretazione si può cogliere nelle parole con cui il *Lord Chancellor* (Lord Irvine of Lairg) ha presentato il progetto alle Camere. Si è detto che esso vuole conciliare due esigenze potenzialmente confliggenti: «massimizzare la protezione dei diritti umani» definita in sede internazionale, «senza incidere sulla sovranità del Parlamento». La ricerca di questo equilibrio è il punto di riferimento dello schema elaborato dal Governo, che viene definito come «il modello britannico di incorporazione». Per comprendere questo sistema, può essere opportuno richiamare le disposizioni più significative della legge.

Innanzitutto l’art. 1 individua quelli che vengono definiti i “*Convention Rights*”: vengono richiamate molte, anche se non tutte, le disposizioni della Cedu e dei suoi Protocolli, di modo che si potrebbe pensare ad una sorta di “incorporazione selettiva”, a cui fa riscontro, sul piano formale, la circostanza che la pubblicazione in allegato alla legge del testo delle norme pattizie - secondo lo schema classico

dell'adattamento speciale – riguarda altrettanto “selettivamente” le sole disposizioni della Cedu prese in considerazione dall'*Act*.

Tale previsione va completata con quanto stabilito dall'art. 2 quanto all'interpretazione. Tale disposizione prevede che le Corti britanniche quando applicano i *Convention Rights* devono «tener conto» di ogni sentenza, decisione, parere, dichiarazione... adottati dagli organi di garanzia della Convenzione europea. Alcuni hanno messo in luce l'ambiguità di tale disposizione, ma non si può negare che costituisca un segno di forte apertura. Essa tra l'altro mette in evidenza il ruolo centrale svolto dalla Corte di Strasburgo: il significato della Cedu si può comprendere solo attraverso la lettura che ne dà il suo giudice, che non a caso anche la nostra Corte costituzionale definisce come l'interprete eminente della Convenzione.

Se poi passiamo a vedere come vengono disciplinati i rapporti tra il diritto nazionale e i *Convention Rights*, possiamo cogliere in modo evidente la peculiarità del sistema. Il legislatore ha immaginato un meccanismo per affrontare gli eventuali casi di contrasto particolarmente interessante, il cui studio può risultare utile anche per riflettere sulla situazione italiana. I punti di riferimento principali al riguardo sono costituiti dagli artt. 3, 4, 10 e 19 dell'*Act*.

Innanzitutto l'art. 3 impone ai giudici di interpretare «so far as it is possible to do so» la normativa interna - di livello sia primario che secondario - in modo che la stessa risulti compatibile con i *Convention Rights*. Viene dunque formalizzato e rafforzato l'orientamento già sviluppato in tal senso dalla giurisprudenza, individuando un vero e proprio obbligo («must be read and given effect») per il Potere giudiziario di adottare questo approccio interpretativo. Se prima l'interpretazione conforme era una soluzione introdotta in via di prassi dalle Corti, ora la stessa viene prevista dalla legge; non è più il frutto di una scelta del singolo magistrato, ma discende da un preciso vincolo legislativo.

L'aspetto più interessante, però, è costituito dalla soluzione prevista per i casi in cui il tentativo di conciliazione interpretativa risulti infruttuoso, a fronte di un insanabile contrasto della legislazione interna con i *Convention Rights*. In tale ipotesi il giudice non può disapplicare la norma interna per dare la prevalenza ai *Convention Rights*, ma deve limitarsi ad adottare una «declaration of incompatibility» che – e questo viene precisato con chiarezza dalla legge - non incide sulla validità, né sulla permanente operatività ed applicabilità della disciplina nazionale (così l'art. 4), anche nel caso in cui il conflitto è sorto. La dichiarazione di incompatibilità attesta che vi è un contrasto tra il diritto interno e la Cedu, ma non produce effetti sul piano dei rapporti tra le norme.

Qual è dunque il suo scopo? Essa dovrebbe sollecitare l'intervento degli organi competenti al fine di superare questa situazione. In particolare, il Governo dovrebbe attivarsi proponendo al Parlamento i necessari emendamenti della disciplina nazionale, che nel frattempo rimane in vigore e continua ad essere applicata. In questo modo viene preservata la competenza esclusiva dell'organo legislativo a decidere in merito alle situazioni soggettive sostanziali.

L'unica peculiarità, rispetto alle regole ordinarie sul controllo "monopolistico" della produzione normativa da parte delle fonti interne, si pone sul piano del riparto delle competenze, nel senso che viene prevista la possibilità di un intervento normativo del Governo. Si tratta della cosiddetta "*fast-track*" procedure, in forza della quale, in situazioni eccezionali («*compelling reasons for proceeding*»), il Ministro competente può procedere all'adozione dei richiamati emendamenti attraverso lo strumento del *remedial order* (art. 10). In ogni caso, comunque, la delega di funzioni normative al governo implica un controllo da parte del Parlamento.

Per completare il quadro delle norme che concorrono a definire la posizione della Convenzione nel sistema delle fonti, bisogna richiamare anche l'art. 19, che prevede un controllo preventivo sulle leggi. Il Ministro competente è tenuto ad esprimere, prima della seconda lettura alle Camere, un parere sulla compatibilità dei progetti di legge con i *Convention Rights* («*a statement of compatibility*»). Tale disposizione, oggetto - secondo le parole del *Lord Chancellor* - di una lunga "gestazione" viene qualificata come un significativo indice della nuova "consapevolezza" che la Cedu impone alla legislazione nazionale. L'impossibilità di formulare tale parere non impedisce l'adozione dell'atto, ma evidentemente implica l'assunzione del rischio che lo stesso sia successivamente oggetto di una dichiarazione di incompatibilità.

Va precisato che il sistema appena descritto opera con riferimento sia alle disposizioni nazionali anteriori all'adozione dello *Human Rights Act* sia a quelle successive. Ciò significa che non si applica in nessun caso il criterio cronologico, che nel rapporto tra fonti del medesimo grado assicura la prevalenza a quella più recente. Ciò conferma la peculiarità della soluzione adottata nel Regno Unito, tanto che si potrebbe revocare in dubbio che si tratti di una vera forma di incorporazione.

Piuttosto, come esplicitato nella stessa intitolazione della legge, può essere vista come uno strumento finalizzato ad assicurare «*further effect to the rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights*». L'aspetto più interessante è costituito dal concorso tra l'attività delle Corti e quella degli organi politici nella tutela dei *Convention Rights*. Accanto alla supremazia del Parlamento, infatti, la soluzione prescelta riafferma anche il fondamentale ruolo della *common law* nella protezione dell'individuo. È il giudice che "dice il diritto vigente", che dice cos'è il diritto, fino al momento in cui non rileva un'incompatibilità con i *Convention Rights*, allora si ferma e rimette la questione al Governo e alle Camere: non può trarre alcuna conseguenza né sul piano della validità né su quello dell'efficacia, ma unicamente chiamare alle sue responsabilità - in ultima istanza - il Parlamento. Questo è libero, ovviamente, di decidere in ordine alla modificazione della normativa interna, ma deve necessariamente partire da una valutazione sulla compatibilità svolta dai giudici, sulla base dei criteri ermeneutici applicati per le decisioni giurisdizionali e non di valutazioni di opportunità politica.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, il sistema britannico sembra costituire nel panorama comparato il tentativo più avanzato di disciplinare in modo costruttivo il rapporto tra sistema nazionale e internazionale di tutela dei diritti, il cui fulcro è costituito dalla compenetrazione tra le garanzie giurisdizionali e i rapporti tra le fonti.

Il dibattito attualmente in corso nel Regno Unito e le prospettive di riforma che sono state avanzate manifestano invece le difficoltà che questo modello ha trovato sul piano applicativo e che, più in generale, incontra l'individuazione di un proficuo punto di equilibrio tra il livello nazionale e internazionale di tutela dei diritti. Tra l'altro, in un sistema come quello britannico tali problemi potrebbero condurre ad una revisione radicale della disciplina appena analizzata: anche se alcuni *statutes*, e fra questi certamente lo *Human Rights Act*, hanno sostanzialmente un contenuto costituzionale, non di meno essi rimangono fonti di grado primario e come tali suscettibili di essere abrogate, modificate o derogate dalle discipline successive.

Dopo l'entrata in vigore dello *Human Rights Act*, è prevalso tra i giudici – anche se con alcune resistenze – un atteggiamento di particolare apertura nei confronti della Cedu e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Del resto, questa soluzione era indotta dalle norme prima richiamate sull'obbligo di interpretazione conforme e sul ruolo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sin dalle prime decisioni si è riconosciuto che «In the absence of some special circumstances it seems [to me] that the court should follow any clear and constant jurisprudence of the European Court of HR» (così Lord Slynn in Dec. UKHL (2001) R (*Alconbury Developments*) Ltd v. *Secretary of State for the Environment*)²⁹.

Questo approccio, tuttavia, ha dato luogo a valutazioni critiche, in quanto non avrebbe permesso lo sviluppo di un'autonoma giurisprudenza sullo *Human Rights Act*, che tenesse conto anche della tradizione britannica; si è parlato al riguardo di una sorta di «mirror principle»³⁰.

Le difficoltà si sono accresciute in relazione alle decisioni sulla legislazione anti-terroristica adottata dopo gli attentati dell'11 settembre e quelli di Londra del 2005, tanto che si è messa in conto anche la possibilità di abrogare lo *Human Rights Act*. Si può prendere come punto di riferimento per riflettere su questo nuovo approccio il discorso pronunciato nel 2006 da David Cameron, leader del Partito conservatore allora all'opposizione, in cui veniva ripresa l'ipotesi – per vero già presente nel dibattito politico – della scrittura di un autonomo *British Bill of Rights*, che esprimesse i valori propri della tradizione britannica. Pochi anni prima l'adozione

²⁹ V. su questi profili Rosario Sapienza, "Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1998: in margine all'obbligo delle corti inglesi "to take into account" la giurisprudenza della Corte di Strasburgo", cit.

³⁰ Alcuni cenni si possono vedere in Silvia Sonelli, "Dallo Human Rights Act ad una nuova Carta dei diritti?", *Quad. cost.*, 2012, p. 175 ss.

di una legge che rafforzasse i diritti previsti dalla Cedu era sembrata la soluzione più opportuna, oggi il quadro di riferimento appare significativamente modificato.

Particolarmente indicativa della difficoltà di conciliare le indicazioni europee con la volontà di preservare le peculiarità nazionali è la vicenda relativa al diritto di voto di carcerati. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto nel caso *Hirst* (sentenza della Quarta sezione, 4 marzo 2004, *Hirst v. United Kingdom*, rec. 74025/01) che la legislazione britannica che prevede l'automatica limitazione del diritto di voto per i condannati durante la detenzione costituisce una violazione della Convenzione (in particolare dell'art. 3 del primo Protocollo). Tuttavia, nonostante la decisione sia stata confermata anche dalla *Grand Chambre* (sentenza del 6 ottobre 2005), il Regno Unito non ha provveduto alla revisione della propria disciplina. Anzi va segnalato che, nel febbraio 2011, la Camera dei comuni ha approvato, con i voti provenienti sia dalla maggioranza che dall'opposizione, una mozione in cui ribadisce l'esclusiva competenza del Parlamento, quale organo rappresentativo, a deliberare in questa materia, manifestando altresì l'intenzione di mantenere la soluzione in vigore³¹. Tale atteggiamento ha ovviamente suscitato reazioni fortemente critiche a livello europeo. L'allora presidente della Corte di Strasburgo Jean-Paul Costa in un'intervista è giunto addirittura a paragonare il Regno Unito alla Grecia dopo il colpo di Stato dei colonnelli, che com'è noto era stata costretta ad uscire dal Consiglio d'Europa.

Questa situazione di tensione ha trovato ulteriori sviluppi sul piano sia nazionale che internazionale. Per il primo aspetto - dando seguito alla proposta già avanzata da Cameron nel 2006 e ripresa nel programma elettorale del 2010 (in realtà anche i Laburisti avevano considerato tale opzione, tanto che nel 2009 viene pubblicato il *Green Paper Rights and Responsibilities*) - i Conservatori una volta giunti al Governo hanno dato avvio alla procedura per la scrittura di un autonomo *British Bill of Rights*. In particolare, nel marzo 2011 è stata istituita un'apposita Commissione (*Commission on a Bill of Rights*) chiamata a verificare la possibilità di introdurre una soluzione che, pur confermando il rispetto dei diritti previsti dalla Cedu, preservi maggiormente quelli propri della tradizione britannica. Nei mesi successivi è stato pubblicato un *Discussion Paper* significativamente intitolato "*Do we need an UK bill of rights?*" e si è svolta una consultazione popolare. Nel dicembre 2012 la

³¹ La mozione approvata con 234 voti favorevoli e 22 contrari l'11 febbraio 2011 era formulata in questi termini «That this House notes the ruling of the European Court of Human Rights in *Hirst v the United Kingdom* in which it held that there had been no substantive debate by members of the legislature on the continued justification for maintaining a general restriction on the right of prisoners to vote; acknowledges the treaty obligations of the UK; is of the opinion that legislative decisions of this nature should be a matter for democratically-elected lawmakers; and supports the current situation in which no sentenced prisoner is able to vote except those imprisoned for contempt, default or on remand». La ricostruzione di queste vicende si può vedere nel documento della Camera dei Comuni, *Prisoners' voting rights*, Standard Note: SN/PC/01764, 4 luglio 2012, reperibile all'indirizzo internet www.parliament.uk/briefing-papers/SN01764.pdf.

Commissione ha pubblicato la sua relazione finale, dove viene ipotizzato – tra l'altro – che il nuovo catalogo dei diritti prenda il posto dello *Human Rights Act*³².

Sul piano internazionale il nuovo atteggiamento del Regno Unito si è tradotto nella formulazione di alcune proposte di riforma della Convenzione europea o meglio – più specificamente – del funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, in vista della Conferenza di alto livello sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'aprile 2012. Nel mese di febbraio i giornali inglesi hanno pubblicato una bozza di dichiarazione elaborata dal Governo, da cui emergeva con chiarezza la volontà di rafforzare il ruolo degli Stati rispetto al funzionamento del sistema convenzionale³³. Tra le varie proposte merita di essere richiamata quella volta ad introdurre nella Convenzione un'espressa disposizione per formalizzare il margine di apprezzamento che la Corte riconosce agli ordinamenti nazionali. La versione finale della Dichiarazione si limita, a questo riguardo, a proporre l'inserimento di un riferimento nel Preambolo, ma in ogni caso si può cogliere nelle diverse indicazioni formulate in vista di una futura riforma del funzionamento della Corte europea dei diritti dell'uomo una particolare attenzione a valorizzare il ruolo delle autorità nazionali³⁴. Una maggiore sinergia tra il controllo operato a livello statale e quello internazionale può sicuramente costituire uno strumento utile per migliorare l'operatività del sistema europeo, ciò tuttavia non deve tradursi in una eccessiva differenziazione e soprattutto in una riduzione del livello di tutela dei diritti.

5. Si è riservata una particolare attenzione al caso del Regno Unito perché può essere un utile strumento di comparazione per meglio comprendere l'esperienza italiana³⁵. Dopo la riforma del 2001, la dottrina ha molto insistito sulla rafforzata apertura del nostro ordinamento al diritto internazionale, parlando addirittura di svolta monista. Tuttavia, solo nel 2007 – come si è ricordato – la Corte costituzionale ha applicato per la prima volta il nuovo art. 117, c. 1 Cost., offrendone una lettura che, pur senza ridurne la portata, lo riconduce in modo coerente all'interno dello schema dei rapporti tra le fonti e tra gli organi accolto nel nostro ordinamento.

Le decisioni della Corte intervengono in una fase in cui i giudici comuni avevano iniziato a disapplicare le norme interne in contrasto con la Cedu, seguendo la

³² Tutte le indicazioni relative a questo processo, e in particolare i documenti citati nel testo, si possono trovare sul sito della Commissione all'indirizzo internet www.justice.gov.uk/about/cbr.

³³ La bozza della dichiarazione del 23 febbraio 2012 si può leggere all'indirizzo internet www.guardian.co.uk/law/interactive/2012/feb/28/echr-reform-uk-draft; v. su questi aspetti Michael O'Boyle, "The Future of the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, 2011, p. 1862 ss.

³⁴ Il testo finale della *Brighton Declaration* è reperibile all'indirizzo internet <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration/>; al riguardo v. gli studi citati alla nt. 8.

³⁵ Si rinvia per una più ampia ricostruzione di questi profili a Laura Montanari, "La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione: un confronto con Francia e Regno Unito", *Studi in memoria di Giuseppe G. Florida*, Jovene, Napoli, 2009, p. 459 ss.

stessa tecnica utilizzata per il diritto dell'Unione europea. Le sentenze 348 e 349 del 2007 escludono espressamente questa possibilità e considerano invece le norme della Cedu quali norme interposte nel giudizio di costituzionalità, nel senso che la loro violazione determina una violazione indiretta dell'art. 117, c. 1 Cost. la cui valutazione spetta esclusivamente alla Corte costituzionale.

Più che il modello francese, cui si è fatto brevemente cenno, questa soluzione richiama lo schema dello *Human Rights Act*, in cui l'eventuale contrasto della norma interna con la Cedu non conduce alla disapplicazione, ma alla dichiarazione di incompatibilità, che ha lo scopo di attivare l'intervento degli organi costituzionali competenti. Diverso, ovviamente, alla luce delle peculiarità dei due ordinamenti, è l'organo "di chiusura" chiamato a risolvere il conflitto: la Corte costituzionale in Italia, il Parlamento nel Regno Unito.

Ciò non significa che venga sottovalutato il ruolo del Giudiziario: il singolo giudice nel caso concreto sottoposto al suo esame è il primo garante del rispetto della Cedu, tanto che la nostra Corte costituzionale riconosce ai giudici nazionali il «ruolo di giudici comuni della Convenzione» (sent. 349, p.to 6.2). In entrambi gli ordinamenti lo strumento principale è costituito dall'interpretazione conforme alla Cedu che viene richiesta ai giudici: dallo *Human Rights Act* in un caso, dalle decisioni della Corte costituzionale nell'altro. Il riferimento è alla Convenzione «così come interpretata dal suo giudice», cioè la Corte di Strasburgo (sempre nella sent. 349, p. 6.2). Nella sentenza 38 del 2008 la Corte costituzionale precisa questa impostazione affermando che «le norme della CEDU devono considerarsi come norme interposte e [che] la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi»³⁶.

Si sono citati questi passaggi delle decisioni della Corte costituzionale italiana per mettere in luce il complesso compito attribuito ai giudici comuni, i quali per applicare la Cedu e verificare il suo rispetto da parte della legislazione nazionale sono chiamati a confrontarsi con la giurisprudenza europea, oramai sempre più ricca e pervasiva. Ciò implica necessariamente un ripensamento del loro ruolo nel momento in cui devono rapportarsi con i diversi *bill of rights* che operano in Europa, al fine di garantire il funzionamento di quello che oramai viene definito – forse con troppo ottimismo – un sistema integrato di tutela.

³⁶ Del resto già nella sentenza 348/2007 la Corte costituzionale aveva riconosciuto che «la CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa»: p.to 4.6.

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO

ARTÍCULO 10.2 CE: ESTÁNDARES CONVENCIONALES Y JURISPRUDENCIA DEL TC

Sumario: I. Planteamiento – II. El artículo 10.2 CE: una directiva hermenéutica estructural novedosamente explicitada – III. “¿De qué derechos se trata a la luz del artículo 10.2 CE? – IV. ¿A qué referentes iusinternacionales, y a qué efectos, se remite *ex* artículo 10.2 CE? 1. Referentes iusinternacionales, en general. 2. CEDH y estándares convencionales, en particular. – V. Consideraciones finales, a modo de conclusión

I. Planteamiento

Buenos días. Es una satisfacción estar aquí en la compañía de tan acreditados colegas y ante un público universitario tan bien dispuesto. Quiero agradecer por ello a los organizadores de esta jornada y, de modo particular, a la colega *Imparato* su amable invitación.

En mi intervención, sin perjuicio de alguna referencia puntual a propósito de casos destacables, para no interrumpir el hilo de la exposición con digresiones, me propongo una exposición comprensiva del sentido y alcance de la cláusula constitucional de apertura hermenéutica que, en materia de derechos fundamentales, se contiene en el artículo 10. 2 de la Constitución española (CE).

A tal efecto, en lo que sigue, se ha de tratar sucesivamente de las siguientes cuestiones: ¿Qué tipo de cláusula constitucional integra el artículo 10.2 CE? (II); ¿A qué derechos alcanza su aplicación? (III); ¿A qué textos o resoluciones iusinternacionales se remite (1) y a qué efectos (2)? (IV); Y, por último, pensando en el marco de este diálogo doctrinal italo-español, no quisiera concluir mi intervención sin formular al menos algunas consideraciones finales, a modo de conclusión (V).

II. El artículo 10.2 CE: una directiva hermenéutica estructural novedosamente explicitada

El artículo 10.2 CE establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

De esta disposición constitucional cabe destacar, en una primera aproximación de principio, que se trata de una cláusula interpretativa de carácter flexible y textura abierta relativamente novedosa en el momento constituyente.

Que se trata de una cláusula relativamente novedosa se comprende sin mayor dificultad si se considera que en el momento constituyente español que cristaliza en el texto de 1978 apenas se contaba con algún referente contrastado, descontada la sola referencia que, a esos mismos efectos, se hacía en el artículo 16.2 de la Constitución portuguesa de 1976, a la Declaración universal de los derechos humanos.

En este sentido, bien puede decirse que, así como la Constitución española de la segunda república pudo contarse entre los textos de referencia relativos a la gestación del llamado derecho constitucional internacional, que en el constitucionalismo ulterior devino regla, así también en la Constitución española en vigor se avanza en la articulación reglada de una directiva hermenéutica que, en el marco contemporáneo de apertura entre ordenamientos, bien puede caracterizarse como estructural directiva hermenéutica.

Que se trata de una exigencia estructural se comprende al constatar que, tanto si se procede con base en una explícita articulación en el texto de la respectiva Constitución (cual es el caso en otros ordenamientos constitucionales subsecuentes, como Rumania o Colombia¹), como si se invocan métodos interpretativos de pretensión comparativa, a falta de una previsión constitucional semejante, en la jurisprudencia relativa a la tutela de derechos fundamentales de los Tribunales supremos y constitucionales de otros Estados (no sólo) europeos no es extraño que se llegue a conclusiones semejantes, y con parecidos efectos, a las decisiones que, de modo sistemático, en virtud del artículo 10.2 CE, sustentan y entreveran la tuitiva jurisprudencia iusfundamental del TC español.

Lo novedoso del artículo 10.2 CE está tanto como en la explicitación de esa auténtica directiva hermenéutica estructural, en la vastedad de su espacio de referencia que, lejos de limitarse a la Declaración universal de derechos humanos, se hace extensiva al conjunto de los tratados y acuerdos internacionales vinculantes en materia de derechos fundamentales.

En la medida en que en el mismo se llama a interpretar e integrar el significado de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, el artículo 10.2 CE funge como una cláusula de apertura, como un instrumento indicado al efecto de jalonar el espacio de intervención de los poderes públicos, mediante la toma en consideración de un vastísimo campo de referencia iusinternacional, de un modo y con un alcance variable (cfr. IV).

Esa caracterización, como cláusula de apertura, no debiera confundir a propósito de su función. Pues, contra la pretensión tardíamente sostenida en el

¹ Artículos 20 y 93. 2, respectivamente. En otros casos, el reconocimiento de una cláusula interpretativa semejante alcanza un grado más intenso de eficacia, en la medida en que, directamente se ordena la directa e inmediata aplicación de unas disposiciones iusinternacionales a las que expresamente se reconoce jerarquía constitucional (así, por ejemplo, en el artículo 74. 3 de la vigente Constitución de República Dominicana).

debate constituyente, a su paso por el Senado, el artículo 10.2 CE no opera como una pasarela de acceso inmediato y directo al interior de la Constitución de los contenidos articulados en los textos iusinternacionales relativos a derechos fundamentales. Por más que pueda extrañar, en un momento constituyente de superación del autoritarismo franquista, lo cierto es que esa pretendida función completiva del artículo 10.2 CE guardaba relación con la pretensión de no incluir un catálogo de derechos fundamentales en la (nueva) Constitución de la España democrática².

La falta de acuerdo acerca de los tratados internacionales a referir vino a sumarse a la congruente articulación de un catálogo de derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social que, sin perjuicio de variantes de signo (no sólo) nominalista (expresivas de mayor o menor grado de *neoconstitucionalismo*³), ha trascendido a otras declaraciones actualizadas de derechos en catálogos constitucionales en el regenerado espacio constitucional iberoamericano.

III. ¿De qué derechos se trata a la luz del artículo 10.2 CE?

La determinación del ámbito de aplicación de esta directiva de interpretación de conformidad con los textos (y declaraciones) iusinternacionales relativos a derechos y libertades fundamentales ha sido objeto de controversia doctrinal. La cuestión es fácil de formular (¿de qué derechos se trata?) pero ni la respuesta ha sido unívoca, ni la cuestión puede considerarse conclusa.

El debate doctrinal, con apoyos más o menos discutibles en la jurisprudencia, se ha librado en un doble plano.

Sobre todo, en una perspectiva normativa, mediante auxilio de criterios y tópicos interpretativos, con particular énfasis en expresiones de raíz sistemática,

² En descargo de planteamiento tan extravagante, si se piensa que en la tradición del constitucionalismo racional-normativo (a propósito de esa caracterización en la doctrina española, se remite al magisterio de Manuel García-Pelayo Alonso, *Derecho constitucional comparado*, Obras completas, vol. I, CEC, Madrid, 2ª ed. 2009), las declaraciones de derechos son parte indisoluble de la Constitución, acaso pueda invocarse la prevención de asegurar estándares iusinternacionales que, como límites indisponibles a la unilateralidad estatal, pudiesen coadyuvar a la efectiva implantación del nuevo orden constitucional en solar español.

Acaso por la desconfianza que resulta del reflejo político de la larga noche de la dictadura franquista y, en todo caso, lo enfático de esa pretendida apertura al orden iusinternacional de los derechos fundamentales algo tiene de refleja consonancia con el marcado sentido internacionalista en la Constitución republicana y, ya en una perspectiva teórica, en alguna medida puede considerarse reflujo de un poso doctrinal que se remonta a los clásicos españoles del derecho internacional (a propósito de los principales hitos de la Escuela de Salamanca, se remite aquí a la síntesis de Antonio Truyol i Serra, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, 2. *Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza Ed., 1995).

³ A propósito de la controvertida base teórica del llamado neoconstitucionalismo cfr., a título de referencia, Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, págs. 461-506.

tales como la *sedes materiae* (1). Pero también en una perspectiva funcional, relativa al criterio hermenéutico constitucional de la corrección funcional (2).

1. En esta perspectiva normativa, el debate doctrinal puede formularse mediante interrogantes expresivos de las tres contraposiciones siguientes: ¿se trata sólo de los derechos de la primera sección o también de los derechos de la segunda sección del capítulo 2º (y aun de los del capítulo 1º) del Título I CE? (1º); ¿se trata sólo de los derechos del capítulo (1º y) 2º o también de los principios rectores del capítulo 3º del Título I CE? (2º); y, ¿se trata sólo de los derechos contenidos en el Título I CE o también de otros derechos situados extramuros del Título I CE? (3º).

1º. En una primera aproximación a esta cuestión, pudo llegar a sostenerse, en un manifiesto ejercicio de simplificación intelectual, que los derechos constitucionales a interpretar de conformidad con el derecho internacional de los derechos fundamentales habrían de ser los declarados en la sección primera del capítulo 2º del Título I CE, incluido el artículo 14 CE, relativo a la igualdad y no discriminación, por ser los derechos amparados de modo particularmente intenso, mediante la triple garantía de su reforma agravada, su desarrollo legislativo mediante ley orgánica y su tutela jurisdiccional subsidiaria mediante el recurso constitucional de amparo⁴.

Esta interpretación se ha visto superada tan pronto como tan restricta concepción de los derechos fundamentales ha dado paso a una más flexible interpretación que, en atención a lo establecido en el artículo 53.2 CE, ha considerado derechos fundamentales a todos los del capítulo (1º y) 2º del Título I CE⁵.

Que los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo, como derechos susceptibles de amparo constitucional y de ulterior recurso ante el TEDH, hayan sido objeto de consideración preferente (no sólo) en la jurisprudencia inicial del TC, no significa que la iusfundamentalidad se explique en atención a la viabilidad o no de un determinado instrumento de tutela jurisdiccional.

2º. A la duda sobre si ese mandato de interpretación de conformidad podría proyectarse a los llamados principios rectores del capítulo 3º del Título I CE, no puede darse una respuesta incuestionable. Lo cual no quiere decir que la doctrina mayoritaria no sostenga su exclusión, en virtud de un criterio que, *ex* artículo 53.2 CE, se considera determinante de la nota de iusfundamentalidad, el de limitación al legislador que, con ocasión de la regulación del ejercicio de los derechos del capítulo 2º, queda explícitamente obligado al respeto de su contenido esencial.

⁴ Cfr. Luis Prieto Sanchís, "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española", *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 2, 1983, págs. 367-425.

⁵ Cfr. José María Castellá Andreu, "Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos", en M. A. Aparicio (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas...* CEDES, Estudios constitucionales y políticos, Madrid, 2001, págs. 141-164.

Con todo, no obstante la primacía de esa tesis en una jurisprudencia constitucional, de la que la STC 36/1991 puede considerarse particular exponente, no faltan resoluciones en las que o bien no ha quedado claro el sentido de la invocación de un determinado documento o resolución iusinternacional, o bien no se perfilan con nitidez sus pretendidos efectos, en supuestos relativos a la interpretación de principios rectores⁶.

A esta residual indeterminación en la jurisprudencia se suman algunas consideraciones doctrinales que permiten mantener abierto el debate, con razones no del todo desdeñables. La razón principal está en la llamada a la flexibilidad de criterio al efecto de identificar, no obstante su etiqueta formal de “principio rector”, aquellos contenidos de iusfundamentalidad que puedan haberse articulado de un modo y mediante una estructura tipológica semejante a otras disposiciones “correctamente” ubicadas en otra sección o capítulo del Título I CE.

En el capítulo 3º del Título I CE, de los principios rectores de la política social y económica, al margen de su concreta formulación como reservas de ley, mandatos al legislador, garantías institucionales, etc., realmente se establece un conjunto de mandatos *constitucionales*, sin perjuicio de la discrecionalidad del legislador, *ex* artículo 53. 3 CE.

Y, ya sea en su dimensión objetiva, como bienes constitucionales, ya sea, cual es sólito en relación con la promoción de la igualdad y la cláusula antidiscriminatoria, en su vertiente subjetiva, como posiciones jurídicas de relevancia constitucional, esos mandatos constitucionales permiten justificar y, en consecuencia, pueden contribuir a limitar la vigencia de derechos fundamentales formalmente constitucionalizados como tales, como la propiedad privada o la igualdad ante y en la ley⁷.

Pues bien, en la medida en que ello pudiese comportar una refleja incidencia en los estándares iusfundamentales constitucionalmente garantizados, no se advierte el sentido de no tomar en consideración estándares iusinternacionales de referencia, *ex* artículo 10. 2 CE, dejando de integrar su potencial contenido y sin concretar su relativo grado de eficacia.

⁶ Así, por ejemplo, a simple título de referencia pueden mencionarse aquí las SSTC 199/1996 o 296/1994, a propósito del artículo 49 CE.

⁷ Con carácter general, a propósito de los principios rectores en la jurisprudencia del TC, puede consultarse José María Rodríguez de Santiago, “Artículo 53. 3 CE. La forma de vincular de los preceptos del capítulo tercero del Título primero de la Constitución española”, en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 1187-92.

En general, en una línea de flexible consideración del Título I CE como ámbito objetivo de interpretación de conformidad con los estándares iusinternacionales de referencia, *ex* artículo 10.2 CE, *vide* Alejandro Sáiz Arnáiz, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 73-76; Argelia Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, pág. 197.

Por lo demás, en la medida que, como bien se sostiene en una línea de jurisprudencia constitucional de largo trayecto (cf. STC 78/1982), esos estándares iusinternacionales operan en relación con cualesquiera intérpretes, jurisdiccionales o de carácter político, y no sólo alcanzan a las normas constitucionales, sino que inciden también en el conjunto de disposiciones normativas y actuaciones relativas a los derechos fundamentales, se impone plantear un tercer interrogante.

3º. Sentado lo anterior, se plantea una cuestión adicional: ¿Si cabe pensar en la posibilidad de hacer extensivos esos estándares iusinternacionales, extramuros de los derechos contenidos en el Título I CE, a propósito de otros derechos conexos o complementarios de los derechos fundamentales ubicados en otros Títulos de la CE?

La cuestión guarda relación con la conexidad que algunos derechos constitucionales muestran con algunas de las facetas de derechos declarados fundamentales en el Título I CE. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia del TC se han podido establecer conexiones de iusfundamentalidad con relación a la pretensión de participar en la Administración de justicia, mediante la institución del Jurado, de conformidad con lo establecido en la ley, *ex* artículo 125 CE, así como con la expectativa de acceso gratuito a la justicia, en determinadas condiciones y de conformidad con la ley, *ex* artículo 119 CE, mediante flexible integración del genérico derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24. 1 CE, interpretado a la luz de estándares iusternacionales, en virtud del mandato interpretativo del artículo 10. 2 CE.

Y, en esa misma línea de conexidad o complementariedad, mediante configuradora concreción legislativa, cabe identificar otros supuestos.

Así, por ejemplo, la invocación del derecho constitucional al uso de la lengua española común, *ex* artículo 3.1 CE, o aun de otras lenguas declaradas oficiales mediante Estatutos de Autonomía (EEAA), *ex* artículo 3. 2 CE, en conexión con sendas disposiciones estatutarias⁸, puede ponerse en conexión, en todo caso, con la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE y, si del ámbito de prestación del servicio público de enseñanza se trata, con el comprensivo derecho a la educación, *ex* artículo 27 CE, cuya completiva integración iusinternacional está en el origen de la propuesta conducente a la tardía incorporación al proyecto de Constitución, del vigente artículo 10. 2 CE⁹.

⁸ A propósito del marco constitucional de referencia y del ámbito de discrecionalidad del legislador llamado a la articulación de su estatuto jurídico en un sistema de conjunción lingüística de base territorial, me permito remitir a mi contribución ("Potencial regulación del estatuto y usos de la lengua española común y oficial del Estado"), en Antonio López Castillo (dir.), *Lenguas y Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁹ Seguramente sea ésta una de las cuestiones de más urgente reconsideración en el espacio común europeo de los derechos fundamentales, como bien acredita la insatisfactoria consecuencia de la equívoca invocación de estándares convencionales elaborados *ad casum belgiorum* en alguno de los pasajes de la STC 337/1994, de 23 de diciembre (cf. VVPP de Díaz Eimil y Gabaldón López).

2. En una perspectiva distinta, expresiva de la corrección funcional (un tópico hermenéutico sin cuya operativa observancia apenas podría contenerse la expansiva inercia de las jurisdicciones constitucionales en su tarea examinadora de la conformidad a la Constitución de sendas actuaciones y disposiciones de los poderes públicos y autoridades¹⁰), la cuestión que se plantea es: ¿si en virtud del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE la integración de significado de las disposiciones constitucionales interpretadas se ha de limitar a lo explícito o bien puede hacerse también extensivo a lo implícito?

Así formulada, la cuestión resulta equívoca por lo que quizás pueda entenderse mejor si, de un modo más directo, se formula la pregunta: ¿mediante el artículo 10.2 CE cabe reconocer, por implícitud o inferencia, contenidos iusfundamentales no explicitados en absoluto o bien referidos de manera impropia y mediante una cláusula de tipología distinta a las declarativas de derechos?

De lo que aquí se trata, en suma, es de saber si mediante la invocación de estándares iusinternacionales, *ex* artículo 10. 2 CE, pueden crearse nuevos derechos fundamentales constitucionalmente imprevistos, sin una previa articulación constitucional mediante uno u otro procedimiento de reforma, o, en otro caso, si por esa misma vía interpretativa es posible sostener la existencia de un determinado derecho constitucional o, al menos, de una determinada faceta de un derecho fundamental, no reconocido como tal, a partir de una regla de contenido parcial o de estructura impropia, se trate de una cláusula relativa a una garantía institucional o de una expresiva de mandato o reserva al legislador de determinada tarea o materia, etc.

La inserción de contenidos imprevistos en el texto, al margen de la reforma constitucional, desborda por completo la función de apertura integradora del artículo 10. 2 CE. Y en ese sentido, deben entenderse las manifestaciones que de modo recurrente ha venido haciendo el TC desde los inicios de su jurisprudencia a propósito del parámetro constitucional y de la función instrumental de una cláusula que, si bien delimita la actividad de la comunidad de los intérpretes en el seno del orden constitucional, no puede considerarse autónomamente, sino en relación con los diversos derechos fundamentales declarados, de cuya integradora interpretación precisamente se trata.

El desconocimiento de los correspondientes estándares iusinternacionales a propósito de unos u otros derechos constitucionales no se ha de entender necesariamente, como muy bien ha sostenido en su jurisprudencia el TC, como un supuesto de vulneración directa e inmediata del artículo 10. 2 CE, sino más bien

¹⁰ A propósito del criterio de corrección funcional, en conjunción o no con otros criterios, específicos o genéricos, pero, en todo caso, indicados al efecto de la interpretación de una Constitución, me permito remitir a mi contribución (“Teoría e interpretación constitucional”) en el I Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia constitucional, 29-31 de enero de 2013, Santo Domingo, República Dominicana (en prensa).

como un caso de vulneración de aquellas disposiciones constitucionales en que se reconozcan y se garanticen los diversos derechos y libertades fundamentales¹¹.

Y, en todo caso, por más que los estándares iusinternacionales de referencia puedan considerarse como una pauta insoslayable, el estándar constitucional de tutela de los derechos fundamentales declarados no quedaría pospuesto sin más en su presencia. Y ello no sólo por el ámbito de discrecionalidad en el que se desenvuelve la asunción de funciones por parte de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, de los órganos de carácter político, sino también en virtud de lo que ha de considerarse como una auténtica exigencia del orden público iusinternacional de los derechos fundamentales, que la salvaguarda de estándares mínimos comunes se ha de compatibilizar con la articulación constitucional, en sendos ordenamientos nacionales, de adicionales o reforzados estándares de tutela¹².

En cuanto a la alternativa hipótesis de inferencia de contenidos implícitos sobre la base de una previsión incompleta o a partir de un mandato al legislador, por ejemplo, otra es la respuesta que ha de darse y, de hecho, así ha ocurrido ya en diversas ocasiones en estos ya más de treinta años de jurisprudencia del TC.

Como supuestos de compleción integradora de contenidos implícitos en relación con una determinada articulación iusfundamental, puede considerarse en todo caso el reconocimiento, en aplicación de la directiva hermenéutica del artículo 10. 2 CE, del derecho a la segunda instancia en el orden jurisdiccional de lo penal y del derecho del acusado a ser asistido por intérprete, en un ejercicio de integración por conexidad con los contenidos ya explicitados en el genérico y comprensivo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24. 1 CE.

En un caso, el del derecho a la segunda instancia penal, mediante integración de una explícita previsión en el artículo 14. 5 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (*PIDCyP*). A ello se suma en el otro caso una adicional invocación de lo dispuesto, a propósito, en el artículo 6. 3 *CEDH*¹³.

¹¹ Y en este sentido se ha pronunciado reiteradamente una jurisprudencia de la que la STC 36/1991 (ponente: Rubio Llorente) puede considerarse exponente particularmente relevante (cf. nota 31).

¹² En este sentido pueden referirse, entre otras muchas, las SSTC 36/1991, 140/1995, 97/1999, 41/2002, 236/2007, 133/2010, 198/2012.

Y, por lo que a la doctrina se refiere *vide*, por otros, Julio Diego González Campos, "Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución española (artículo 10.2 CE)", en P. Cruz Villalón/J. D. González Campos/M. Rodríguez-Piñero, Tres lecciones sobre la Constitución, Mergablu, Sevilla, 1998.

¹³ A propósito de todas estas proyecciones de refleja iusfundamentalidad se ha pronunciado con diversos acentos una ingente doctrina de la que, por sintética, destaca Alejandro Sáiz Arnáiz, "Artículo 10. 2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos", en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.), *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, págs. 193-208.

Asimismo, a los trabajos ya referidos, pueden sumarse otros comentarios añejos (Tomás de la Quadra-Salcedo, *Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 61, 1980, págs. 129-142; Miguel Ángel Aparicio Pérez, "La

Como manifestación de la operación configuradora consistente en establecer la existencia de un derecho fundamental *ex novo*, a partir de una regla meramente expresiva de un mandato al legislador, el artículo 18. 4 CE (“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”), interpretada a la luz de los estándares convencionales de aplicación al caso, puede considerarse el supuesto de reconocimiento de la llamada *libertad informática*, mediante una línea de jurisprudencia contestada en el seno del propio TC. En atención, en lo sustancial, a lo elusivo de una práctica jurisprudencial que, de modo consciente (manifiesta la discrepancia mediante la formulación de un relevante voto particular al efecto), desatiende la dimensión constituyente que en tal caso habría podido comportar el ejercicio de su (funcionalmente delimitada) jurisdicción constitucional¹⁴.

IV. ¿A qué referentes iusinternacionales, y a qué efectos, se remite *ex artículo 10.2 CE*?

1. Referentes iusinternacionales, en general

La explícita referencia en el artículo 10. 2 CE a la Declaración universal de derechos humanos ha podido tener un amplio efecto en la jurisprudencia española, en la medida en que, sin perjuicio de su ineficacia inmediata o directa, otras resoluciones, dictámenes o documentos internacionales, expresivos de eso que se ha dado en llamar derecho blando, han podido ser objeto de mención, bien que a mayor abundamiento (es decir, como referencia de carácter doctrinal antes que como directiva jurídica) en la jurisprudencia del TC.

En lo que sigue, no siendo posible detenerse en el prolijo detalle de una jurisprudencia en la que se remite a recomendaciones, resoluciones, informes,

cláusula interpretativa del artículo 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, nº 6, 1989, págs. 9-18; Fernando Rey Martínez, “El criterio interpretativo de los Derechos fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10. 2)”, *Revista General de Derecho*, nº 537, 1989, págs. 3611- 3632) o más recientes (Francesc de Carreras i Serra, “Función y alcance del artículo 10. 2 de la CE”, *REDC* nº 60, 2000, págs. 321-342; A. Flores Martínez, “Nuevo criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales de derechos humanos en la Constitución española”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del derecho*, nº 24, 2011, págs. 131-148; Patricia Cuenca Gómez, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10. 2 de la Constitución española”, *Revista de estudios jurídicos*, nº 12, 2012, <www.rej.ujaen.es>, 24 págs.).

Y, en fin, por su carácter comprensivo pueden consultarse, asimismo, Santiago Ripoll Carulla, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007; Carolina León Bastos, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Ed. Reus, 2010.

¹⁴ A propósito, se remite a las SSTC 254/1993, 290/2000 y 292/2000. Cfr. la manifestación de la discrepancia formulada mediante VP (Jiménez de Parga, al que se adhiere Mendizábal Allende) a la STC 290/2000 (en particular, en punto 2. “La construcción jurisprudencial de la tutela de nuevos derechos fundamentales”).

convenciones o dictámenes, de manera relativamente equívoca y aleatoria¹⁵, me limitaré a considerar el supuesto más controvertido de toma en consideración (no sólo) en la jurisprudencia del TC de Dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos.

En relación con ese Comité, competente al efecto de integrar el sentido de las previsiones del *PIDCyP*, mediante el desempeño de una densa función, de supervisión de los informes cuatrienales de los Estados, y de carácter interpretativo, básicamente doctrinal, cuando se trata de elaborar observaciones generales, y cuasi jurisdiccional, en la hipótesis de examen y resolución de casos concretos, se ha generado una controversia de amplio recorrido.

Bien que no vinculantes, esos dictámenes (y observaciones), están llamados a operar allí donde -como es el caso de España- se haya consentido expresamente, en virtud del correspondiente compromiso iusinternacional, como referente doctrinal o prudencial a los efectos de clarificar el significado constitucionalmente congruente de derechos y libertades fundamentales que, por inercia doctrinal o / y en atención a la incidencia en su efectivo ejercicio de la evolución de la sociedad, vienen siendo interpretados en un sentido que, según se advierte, resulta inapropiado, si no contradictorio, con respecto al sustrato de igual libertad que, *ex* artículo 10. 1 CE, sostiene el sistema constitucional de derechos fundamentales.

En esa línea, a propósito, por ejemplo, del derecho a la libertad ideológica y religiosa¹⁶, ha procedido el TC a la invocación de la autorizada *interpretación comitente*, no a mayor abundamiento, sino al efecto de actualizar su tradicional interpretación del artículo 16. 1 CE, mediante STC 46/2001, la primera ocasión en que se acudía al criterio doctrinal del Comité¹⁷.

Esta efectiva muestra de la práctica regular desde los inicios de su andadura jurisprudencial de la toma en consideración de autorizadas interpretaciones de los

¹⁵ En la jurisprudencia del TC se ha remitido a propósito de derechos relativos al ámbito material propio de la OIT a recomendaciones (SSTC 38/1981, 184/1990), a informes del comité de libertad sindical (SSTC 37/1983, 147/2001) o a resoluciones aprobadas por la Asamblea general ONU (SSTC 36/1991, 215/1994), a diversas convenciones de la ONU, como las relativas a la lucha contra la tortura (STC 120/1990), a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (STC 12/2008) o sobre los derechos del niño (SSTC 36/1991, 141/2000), etc.

El detalle periódicamente actualizado de toda esta jurisprudencia del TC puede consultarse, en todo caso, en las memorias anuales del TC, accesibles en línea desde <www.tribunalconstitucional.es>.

¹⁶ De la centralidad de esta densa dimensión de la igual libertad como criterio hermenéutico al efecto de integrar las cláusulas de libre ejercicio y no establecimiento, en las que radica la compleja articulación del sistema estadounidense, se parte de modo convincente, en mi opinión, en Martha Craven Nussbaum, *Libertad de conciencia. Contra los fanatismos* (Liberty of conscience: in defense of America's tradition of religious equality; trad. de Alberto E. Álvarez y Araceli Maira Benítez), Tusquest eds., Barcelona, 2009.

¹⁷ *Vide* STC 46/2001, de 14 de febrero, FJ 4: "El artículo 18 no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales".

derechos declarados en textos internacionales de referencia, *ex* artículo 10. 2 CE, ha conocido algunos episodios de relativa inconsecuencia en la jurisprudencia del TC.

Exponente particularmente polémico de una actitud de renuencia por parte del TC a seguir pautas iusinternacionales al efecto de integrar el contenido de derechos constitucionales puede considerarse su jurisprudencia, de enfático tono, relativa a la integración constitucional del significado de la garantía o derecho a la doble instancia jurisdiccional en materia penal.

La invocación de dictámenes del Comité de derechos humanos, en los que se había declarado vulnerada una garantía iusinternacional articulada en el *PIDCyP*, en resolución de una queja individual subsiguiente al agotamiento de la vía judicial interna (lo que dada la práctica coincidencia de los derechos del Pacto y los que en la CE integran el núcleo de iusfundamentalidad, los de la sección primera del capítulo 2º del Título I, presupone la intervención del Tribunal Supremo español, en la vía del recurso de casación contra sentencias condenatorias, y asimismo del TC, en amparo).

La declaración de vulneración del Pacto, dado que los Estados parte han consentido en la obligación de reparar los abusos que pudieran producirse, se ha traducido en esos casos en la pretensión de revisión de las sentencias condenatorias, lo que ha topado con la firme oposición, reivindicando su autonomía jurisdiccional y paramétrica, tanto del TS como del TC.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10. 2 CE, está claro que lo ocurrido en esos episodios merece mayor atención de la que, en esta ocasión, es posible dedicarle.

Tras una consideración intensamente reductora del alcance de las decisiones adoptadas a los efectos de resolución de quejas por vulneración de las previsiones del Pacto, mediante una línea de restricta jurisprudencia, inaugurada mediante STC 70/2002 y sostenida en el tiempo, se ha insistido con reiteración en la caracterización de ese comité de expertos como órgano de carácter político y no jurisdiccional, por lo que sus dictámenes no podrían fungir como precedente autorizado, *ex* artículo 10. 2 CE¹⁸. Y mediante STC 116/2006 aun se ha negado al Comité la facultad de interpretar el Pacto, excluyendo la posibilidad de que sus dictámenes puedan llegar a considerarse un ejercicio de interpretación auténtica

¹⁸ *Vide* STC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7: "En apoyo de su queja cita el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 11 de agosto de 2000, en el caso *Gómez Vázquez c. España*, que -según el recurrente- declara contrario a este derecho (a un doble grado de jurisdicción en materia penal) y al artículo 14.5 del Pacto el sistema casacional español (...) De la lectura del artículo 14.5 *PIDCyP* <<se desprende claramente que no se establece propiamente una doble instancia, sino una sumisión del fallo condenatorio y de la pena a un Tribunal superior, sumisión que habrá de ser conforme a lo prescrito por la Ley, por lo que ésta en cada país fijará sus modalidades>> (STC 76/1982, de 14 de diciembre, FJ 5) (... En suma) en el presente caso, se han cumplido las exigencias derivadas del doble grado de jurisdicción...".

de una norma internacional que, expresamente, no le confiere semejante competencia.

Con todo, en esa misma STC 116/2006 parece haberse modulado considerablemente el tono, mediante una vuelta a su doctrina originaria, sentada a propósito (no sólo) de las decisiones de la extinta Comisión y del TEDH en su complementaria tarea de interpretación del CEDH¹⁹, al reconocer expresamente que el hecho de que tales Dictámenes “no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno” pues, en virtud del artículo 10. 2 CE, no es posible prescindir de tratados y acuerdos internacionales ratificados por España al efecto de interpretar las normas relativas a los derechos y libertades constitucionalmente declarados lo que, en buena lógica, comporta “que no (se) puede prescindir de la (interpretación) que, a su vez, llevan a cabo los órganos establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales”²⁰.

Y en esa línea, sin perjuicio de una neta divisoria entre foros políticos (como el Consejo, que sustituye a la Comisión de DD HH) y órganos para o cuasi jurisdiccionales (como el Comité de que aquí se trata) que no hay porqué desconocer, es posible avanzar en el reconocimiento del carácter de referente indicativo de una doctrina que, sin perjuicio de no ser vinculante, al haber sido emitida por órgano autorizado al efecto, si bien es posible discrepar de su orientación y aun poner en cuestión su acierto, se impone un diálogo sustentado en buenas razones antes que la respuesta disonante o elusiva.

¹⁹ Así si bien ocasionalmente se han podido citar, por lo general, a falta de jurisprudencia del TEDH, Decisiones adoptadas por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos (STC 53/1985, FJ 11; STC 2/1987, FFJJ 2-4), nunca se han invocado las interpretaciones que haya podido adoptar el Comité de ministros por no considerarse relevantes a los efectos del artículo 10. 2 CE (STC 114/1984, FJ 3).

²⁰ Vide STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5, que partiendo de la cita de la STC 81/1989, recuerda que “desde sus primeras sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000...) habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales <<formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español>> (ATC 260/2000, de 13 de noviembre, FJ 2)”. A propósito del estado de la cuestión, cf. , a título de referencia actualizada, la STC 13/2014, FJ 2.

A propósito, por otros, P. Trinidad Núñez, “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”, en F. Mariño Menéndez, *La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el derecho español*, UC3M/BOE, Madrid, 2009, págs. 329-349.

2. CEDH y estándares convencionales, en particular

En todo caso, el referente de largo más relevante, cualitativa y cuantitativamente, es el CEDH; lo que es tanto como decir la jurisprudencia del TEDH²¹.

Pero antes de entrar al detalle de la exposición a propósito de la extensa e intensa trayectoria de invocación de los estándares convencionales mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10. 2 CE, se impone alguna referencia previa a propósito de la perspectiva de futurible integración del orden jurídico de la Unión Europea (UE) en el marco del CEDH, conforme al mandato establecido al efecto ex artículo 6. 2 TUE. Ello hace del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH una referencia todavía más significativa. Tanto más, en la medida en que se active el compromiso convencional (pendiente ya ante el TJUE) que permita asegurar una plena y simultánea operatividad en el ámbito de aplicación del derecho de la UE de los estándares mínimos comunes del CEDH.

Pero lo cierto es que, dejando aquí de lado la problemática cuestión de la superposición de estándares de tutela que, en el marco dialógico de confluencia de jurisprudencias del TEDH, del TJUE y de los respectivos Tribunales Constitucionales, pivotarían en torno al común denominador de la jurisprudencia de Estrasburgo²², conforme a lo sostenido en el FJ 6 de la DTC 1/2004, la (entrada en vigor de la) Carta de derechos fundamentales de la UE “no supone un cambio cualitativo para la relevancia de esa doctrina en la configuración última de los derechos fundamentales por este Tribunal Constitucional. Significa, sencillamente, que el Tratado asume como propia la jurisprudencia de un Tribunal cuya doctrina ya está integrada en nuestro Ordenamiento por la vía del artículo 10. 2 CE de

²¹ Se calcula que en torno a una de cada cinco sentencias del TC se remite de uno u otro modo a los estándares del CEDH y, mediante explicación de las variadas razones que puedan haber conducido a ello, al menos, entre una quinta y una sexta parte del total de resoluciones (cfr., con referencia al detalle de la respectiva invocación de los estándares convencionales, Alejandro Sáiz Arnáiz, Artículo 10. 2 CE. La interpretación de los derechos... cit. -nota 13-, en págs. 201-2). Y estas cifras se disparan cuando de las sentencias plenarios de amparo se trata (cfr., por lo que al quinquenio 1999-2004 se refiere los datos ofrecidos por Argelia Queralt Jiménez, *La interpretación de los derechos... cit.*-nota 7-).

²² En esa línea de compromiso en torno a los estándares convencionales pueden articularse, al margen de ocasionales dificultades, los respectivos estándares constitucionales, europeos y convencionales o, de otra forma, puede ensayarse una interpretación integrada del denso y complejo acervo que en este espacio de iusfundamentalidad se garantiza al ciudadano (cfr., en una aproximación general, de principio, DTC 1/2004, FJ 6: “porque tanto nuestra doctrina constitucional (sobre la base del artículo 10. 2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las explicaciones que, como vía interpretativa, se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan como un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de los elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo”) y, por extensión, a cuantas personas se hallen sujetas a la jurisdicción de los Estados parte del CEDH (en este sentido, resulta particularmente incisivo el FJ 8 de la STC 236/2007, al efecto de reconocer el pleno disfrute del derecho a la educación de los menores extranjeros que pudieran estar en situación irregular en el país).

manera que no son de advertir nuevas ni mayores dificultades para la articulación ordenada de nuestro sistema de derechos”²³.

A la hora de sistematizar la vastísima jurisprudencia del TC en la que, mediante el artículo 10. 2 CE, se invoquen estándares iusinternacionales de referencia, se impone un deslinde preliminar entre aquellas decisiones que se limitan a constatar la compatibilidad entre las disposiciones iusfundamentales constitucionales y los referentes tomados en consideración y en las que, previo examen en rigor, se constata su conformidad o disconformidad y aquellas otras decisiones de las que, bien puede decirse que asumen una auténtica integración de iusfundamentalidad, si no mediante, a la luz de una disposición o resolución iusinternacional²⁴.

La línea de jurisprudencia declarativa de compatibilidad (o incompatibilidad) y conformidad (o disconformidad) generalmente se produce en relación con los supuestos más simples de interpretación, no tanto por la sencillez de los asuntos a interpretar, como porque no sea preciso entrar en diálogo con otras instancias jurisdiccionales u órganos cuasi jurisdiccionales, limitándose a tomar en consideración una determinada previsión o resolución iusinternacional que no aparece respaldada por una fuente autorizada de integración de su sentido y alcance.

La línea de jurisprudencia en la que la invocación de los estándares convencionales sirve al efecto de integrar los contenidos constitucionalmente declarados, ya sea sólo a mayor abundamiento, como no resulta infrecuente, ya sea de modo más significativo, en virtud de una asunción de elementos integrantes del sentido y alcance final de la norma iusfundamental que, sin perjuicio de la mayor o menor intensidad de su incidencia en el orden constitucional y de su mayor o

²³ A propósito de esta y otras consideraciones consonantes de la Declaración puede consultarse, en particular, Antonio López Castillo/Alejandro Sáiz Arnáiz/Victor Ferreres Comella, *Constitución española y Constitución europea*, CEPC, Madrid, 2005.

Por lo demás, mediante LO 1/2008, de autorización para la ratificación del Tratado, contra la tradicional exclusión de materias ajenas al acto mismo de prestación de autorización parlamentaria, mediante un segundo artículo se estableció la previsión (con antelación pues, a la eventualidad de una posible no entrada en vigor del Tratado) de que en el orden constitucional español la Carta operaría como referente de integración de contenidos iusfundamentales, *ex* artículo 10. 2 CE (Ley orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa).

Esa novedosa previsión acaso pueda entenderse mejor, en la perspectiva de una aproximación realista a la práctica jurisprudencial de aplicación del artículo 10. 2 CE que, por lo que a la Carta respecta, aun con antelación a su proclamación formal como documento político por parte de las instituciones de la UE en la cumbre de Niza, fue objeto de invocación mediante STC 290/2000, FJ 8. Y que, superadas las dudas del primer momento (cfr. STC 132/1989, FJ 12 y STC 64/1991, FJ 4), el derecho comunitario ha sido objeto de cita no infrecuente en supuestos relativos a la integración del derecho a la igualdad y la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE y, en particular, a propósito de la discriminación indirecta (con carácter general cfr. manual de legislación europea contra la discriminación, Agencia Europea de los Derechos fundamentales de la UE, 2010, Consejo de Europa, 2010, Luxemburgo: Oficina de publicaciones de la UE, 2011).

²⁴ A propósito de esta neta distinción, se remite al esquemático apunte de síntesis de Alejandro Sáiz Arnáiz, “Artículo 10. 2 CE. La interpretación de los derechos”, cit. (nota 13), págs. 202-207.

menor sustento en el texto constitucional, resulta efectivamente integrada tras la interpretación.

Pues bien, descontadas algunas resoluciones cuestionables por incursas en desliz o mal comprensión²⁵, en la jurisprudencia del TC se aprecia un vasto ámbito de influencia de la jurisprudencia del TEDH, no exenta de tensiones, puntualmente advertidas en virtud de la formulación de votos particulares²⁶, tanto en relación con aspectos relativos a la metodología y depuración técnica de la estandarización convencional²⁷, como a propósito de la determinación de los mínimos comunes operativos, ya se trate de garantías procesales y facetas del derecho a la tutela judicial efectiva, ya se trate de derechos sustantivos²⁸.

La enjundiosa problemática derivada de la caracterización y alcance de los efectos internos de las sentencias condenatorias dictadas por el TEDH²⁹, ha de quedar para otra ocasión. Aquí, en este punto final de mi exposición, me limitaré a reproducir aquí lo que, mediante la conocida STC 245/1991, ya sostuvo el TC, que “el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o de control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal”³⁰.

²⁵ A simple título de ejemplo, cfr. SSTC 64/2001 y 70/2002, en relación con el controvertido asunto del derecho de los condenados a recurso en materia penal.

²⁶ A título de ejemplo, por su particular significación, se remite aquí a la discrepancia puesta de manifiesto mediante VP de Jiménez de Parga, a la STC 136/1999.

²⁷ A título de ejemplo, por su particular interés, se remite aquí a las SSTC 223/1988 (en relación con la articulación del test de verificación del significado de “proceso en un plazo razonable”, de incidencia notoria en materia de tutela de la garantía constitucional de prohibición de dilaciones indebidas) y 120/1990 (a propósito de la distinción entre tratos inhumanos o degradantes y torturas).

²⁸ Entre otras muchas posibles, a simple título de ejemplo, se citarán aquí las SSTC 49/1999 (secreto de las comunicaciones), 119/2001 (protección frente al ruido) y 2/2003 (*ne bis in idem*).

²⁹ A propósito se remite aquí, a simple título indicativo, a Santiago Ripoll Carulla, 2Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, REDC, 79, 2007, págs. 309-346.

³⁰ FJ 2. En algunos casos, sin perjuicio de reconocer su valor, se advierte cierta resistencia a asumir las tesis expuestas en la jurisprudencia del TEDH (en ese sentido, resulta llamativa la inicial resistencia, mediante STC 119/2001, FJ 6, a la innovadora integración en el ámbito de la intimidad familiar de incidencias de actividades industriales o de entretenimiento, por medio de los sentidos, olfato y oído, en particular, en el hogar).

En todo caso, esa actitud renuente no excusa al TCFA del atento examen y toma en consideración de los hitos de la jurisprudencia del TEDH que, en consecuencia con su propia jurisprudencia (STC 155/2009, FJ 2), permitan a los recurrentes en amparo aducir y sustentar la *especial trascendencia constitucional* que, ex artículo 50.1 b) LOTC, es auténtico presupuesto o *conditio sine qua non* para mantener abierta la expectativa de admisión a trámite de los recursos constitucionales de amparo de derechos fundamentales.

V. Consideraciones finales, a modo de conclusión

Y para concluir ya ~~en~~ en mi intervención, en lo que sigue, quisiera proponer extractadas las siguientes (seis) consideraciones finales.

- El artículo 10. 2 CE establece un mandato constitucional vinculante para todos los poderes públicos, en tanto que miembros integrantes de la que se ha dado en llamar comunidad de los intérpretes de la Constitución o en el orden constitucional.
- En consecuencia, todos ellos se han de considerar vinculados a unas exigencias de tipo finalista que, más allá de los órganos de aplicación y, en particular, de los órganos jurisdiccionales, alcanza al legislador, sea de modo reactivo, en el momento del control de la constitucionalidad de la ley (STC 236/2007, FJ 5), sea de modo pro activo, cuando el propio legislador expone que, entre los motivos conducentes a esa regulación, se han de contar unos determinados estándares convencionales.
- Esta exigencia que, en como intérprete supremo en materia de garantías constitucionales, en último término, corresponde supervisar al TC, si bien no puede hacerse valer de modo directo, dado que el artículo 10. 2 CE, en su calidad de instrumento hermenéutico, no tiene un contenido autónomo propio, se impondrá de forma mediata y relacionalmente, con ocasión de la declaración de vulneración de los derechos y libertades fundamentales en aquellos procesos constitucionales en los que, a ese propósito, hubiera de pronunciarse³¹.
- En consecuencia, más allá de los tradicionales efectos de resistencia a su inaplicación, en ausencia de una previa denuncia de los tratados internacionales, una vez han entrado en vigor y confluyen con las restantes normas operativas en el orden interno, algo de lo que en el caso español se da buena cuenta mediante el artículo 96 CE, las disposiciones y resoluciones iusinternacionales, ex artículo 10. 2 CE, contribuyen a la permanente clarificación de la interpretación y a la integración del parámetro constitucional de control de las disposiciones, nacionales e internacionales, aplicables en el ordenamiento español³².

³¹ Como bien se dijo mediante STC 36/1991, FJ 5: "Cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o las libertades que la Constitución enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios, el precepto constitucional directamente infringido será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación indirecta y mediata del artículo 10. 2 CE, que por definición no puede ser nunca autónoma, sino dependiente de otra, que es la que este Tribunal habrá de apreciar en su caso".

³² Si ello alcanza y en qué medida al derecho de la Unión es una cuestión que en la jurisprudencia del TC español sigue estando necesitada de un adicional esfuerzo de clarificación al efecto de coherencia de modo comprensible el sentido y alcance respectivos de dos cláusulas constitucionales de apertura, de finalidad diferenciable e incidencia asimismo diversa, de la insita en el artículo 93

- Y en ello radica algo más que una vía instrumental al efecto de actualizar los contenidos de la Constitución. Pues, a la puesta en concordancia con la realidad social de su tiempo e inferencia de potencialidad que, a medida que evolucionan, resulta de las normas -en particular, aquellas que muestran la textura porosa y la apertura estructural que es característica de los principios-, se viene a sumar una dimensión de apertura que altera definitivamente las bases de una teoría de la interpretación tradicionalmente sustentada en una visión, si no autárquica, enfatizada de un unilateralismo soberanista que, la invocación del llamado método comparativo o “quinto método”, en la medida en que el mismo se sustenta en una suerte de tolerancia principial o/y modulada exigencia de congruencia estructural, apenas alcanza a modular la concepción unilateral de partida³³.
- Es por todo eso, por lo que, desde el inicio mismo de mi intervención, he sostenido que en el artículo 10. 2 CE se plasma una regla hermenéutica estructural al efecto de componer soluciones jurisprudenciales en los espacios de imbricación sustantiva e institucional tales como el que se ha venido gestando en la Europa de los últimos (ya más de) sesenta años.

Y así concluyo. Gracias a todos, por su atención.

(implícito fundamento constitucional de apertura -no sólo- al proceso de integración europea) y de la que aquí ha sido objeto de atención, ex artículo 10. 2 (como aguda manifestación de una reiterada, pero no por ello menos imprecisa, línea de jurisprudencia de la que bien puede ser exponente la STC 64/1991, cf. la reciente STC 26/2014, de 13 de febrero, FJ 4, dictada en respuesta a la sentencia prejudicial del TJUE, Gran Sala, de 26 de febrero, as. C-399/11, *Melloni*).

³³ A propósito de la tarea que a los constitucionalistas corresponde al efecto de articular teóricamente, en el marco de una teoría contemporánea de la interpretación constitucional, este carácter estructural de cláusulas expresivas de esta adicional dimensión de apertura, en congruencia con la imbricación interordinamental, me permito remitir a mi contribución (“Teoría e interpretación constitucional”), en el I congreso internacional.... cit. -nota 10-).

FRANCESCO ZAMMARTINO

**DIRITTI FONDAMENTALI E TUTELA DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.
BREVI SPUNTI ALLA LUCE DELLE RECENTI SENTENZE NAZIONALI E
DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DI STRASBURGO**

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni sull'evoluzione della tutela esercitata dal giudice amministrativo sui diritti fondamentali dell'uomo. – 3. L'incidenza delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto amministrativo italiano. – 3.1. L'incidenza sul diritto sostanziale amministrativo. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Le sentenze dei giudici amministrativi che si riferiscono ai diritti fondamentali dell'uomo sono negli ultimi anni notevolmente aumentate. Tale fenomeno ha contribuito, da una parte, all'intensificazione dei rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il nostro diritto interno e tra la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo e quella dei giudici nazionali¹, dall'altra, a far acquisire ad essi una maggiore consapevolezza della necessità della complementarietà dei rispettivi ruoli nell'ambito del sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali². Tuttavia, fino a un recente passato, nel nostro sistema di tutela giurisdizionale gli unici giudici ai quali si riconosceva la cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo erano quelli ordinari e costituzionali³. Questi ultimi, alla luce anche di un sedimentato orientamento in autorevolissima dottrina⁴, estesero notevolmente la portata garantistica dei valori costituzionali enunciati dall'art. 2 della Costituzione, ampliando sostanzialmente il catalogo dei diritti da tutelare in via diretta e immediata (come veri e propri diritti soggettivi) mediante gli strumenti offerti dal processo civile e riconducendo tra i diritti c.d. inviolabili (la c.d. teoria dei diritti perfetti) anche, per esempio, il diritto alla riservatezza⁵, il diritto alle assunzioni

¹ Giancarlo Rolla, *Il sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, Milano, 2010, passim.

² Una equilibrata rete di rapporti, del resto, nel sistema multilivello di tutela dei diritti dell'uomo appare necessaria al fine di mantenere una netta linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia esercitato dai giudici e l'attività contingente svolta dalle istituzioni politiche.

³ Si cfr. Corte Cost., sent. n. 109/1971, nella quale si afferma che non tutti i diritti garantiti dal Testo costituzionale devono considerarsi inviolabili.

⁴ Paolo Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; Augusto Barbera, "Commento all'art. 2", in Giuseppe Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna, 1975; Antonio Baldassarre, "Diritti inviolabili", in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989.

⁵ Cass. pen., sent. n. 18/02/1982, n. 629.

obbligatorie⁶, il diritto di abbandonare il proprio paese⁷. Secondo questa impostazione, quindi, il giudice amministrativo, sia nelle materie ordinarie sia in quelle esclusive, era escluso dalla cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo giacché si riteneva che il provvedimento amministrativo a contatto con un diritto fondamentale dell'uomo nascondesse solo un mero comportamento illecito che andava tuttavia sindacato in sede di giurisdizione civile con la conseguente declaratoria di nullità del provvedimento in costanza di un difetto assoluto di attribuzione⁸. In altri termini, i diritti che qualificavano la persona come tale erano definiti come diritti assoluti impermeabili all'esercizio del potere autoritativo dell'amministrazione⁹. Tale percorso argomentativo trovò il suo punto più alto nella nota sentenza della Corte di Cassazione 9 marzo 1979, n. 1436 in materia di localizzazioni di centrali nucleari; nella decisione si statuí che vi erano dei diritti soggettivi assoluti, nello specifico caso il diritto alla salute, non suscettibili di essere compressi e affievoliti dal potere dell'autorità pubblica e che anzi a fronte di tali diritti inaffievolibili, alla totale assenza del potere d'incisione da parte della potestà amministrativa si contrapponeva la facoltà concessa al giudice ordinario di più ampi poteri di tutela¹⁰. Tale sistema cominciò ad avvertire i primi sintomi di crisi quando si percepì che il livello di responsabilità di un dato ordinamento nei confronti dei cittadini fosse direttamente proporzionale al sistema di tutele predisposto nei confronti della Pubblica amministrazione¹¹. Riguardo la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo si consolidava la tesi secondo la quale il giudice amministrativo, al pari di ogni altro giudice, attribuisse una tutela adeguata al livello di essenzialità e inviolabilità che essi rivestivano¹². Alla luce anche di un orientamento giurisprudenziale¹³ fu

⁶ Cass. civ., sez. lav., sent. n.2/12/94, n.10324.

⁷ Corte Cost., sent. n. 278/1992.

⁸ Roberto Giovagnoli, "Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?", *Urb. e appalti*, 2005, p. 1159 ss.

⁹ Si cfr. Vittorio Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966, passim.

¹⁰ Si cfr. anche Cass. civ., 20/02/1992, n. 2092, nella quale decisione si definisce il diritto alla salute quale diritto sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere non solo di affievolirlo per rilevanti motivi di interesse pubblico, ma neanche indirettamente pregiudicarlo nel fatto; in dottrina, si v. Massimo Tucci, "Appunti in tema di «affievolimento» o compressione dei diritti soggettivi", *Foro amm.*, 1986, p. 2030.

¹¹ Cons. Stato, sez. VI, n. 543/1982; TAR Lazio, sez. III, n. 1079/1989; TAR Trentino Alto Adige, Trento, n. 141/1990; in dottrina si v., Franco Ledda, "La giurisdizione amministrativa raccontata ai nipoti", *Scritti giuridici*, 1997, passim.

¹² Franco Piga, "Tramonto del codice civile?", *Foro amm.*, 1980, I, p. 271; Vincenzo Caianiello, "La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giustizia amministrativa", *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992.

¹³ Corte Cost., sent. n.204/2004. Tuttavia, c'è da sottolineare che in questa sentenza la Consulta vieta che il legislatore devolva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo interi blocchi di materie in violazione dell'art. 103 Cost.; Corte Cass., S.U., ord., n. 13659/06. In dottrina, si v. Maria Alessandra Sandulli, "Un passo avanti e uno indietro: il giudice amministrativo è giudice pieno, ma non può giudicare dei diritti (nota a margine C. cost. n. 204 del 2004)", *Riv. giur. dell'edilizia*, 2004, p. 2 ss. ;

stabilito, quindi, che i diritti fondamentali¹⁴ a contatto con il potere pubblico, in talune circostanze, si comprimono degradando a interesse legittimo¹⁵, con conseguente attribuzione della materia alla giurisdizione del giudice amministrativo. Non è certo qui la sede per ricostruire la complessa vicenda in termini di degradazione del diritto, di come cioè l'esercizio del potere degradi il diritto trasformandolo in interesse legittimo del quale assumerebbe, appunto, la protezione tipica nei confronti dell'Amministrazione¹⁶. E' tuttavia interessante notare, ai fini della nostra trattazione, che già in anni precedenti alla storica sentenza della Cassazione n. 500 del 1999 e alla legge sul processo amministrativo n.205 del 2000, si riteneva che i valori costitutivi dei diritti fondamentali dell'uomo fossero tutelati anche mediante «un bagaglio di situazioni giuridiche soggettive costituite non già da diritti, bensì da situazioni diverse»¹⁷ e che gli stessi diritti inviolabili di libertà¹⁸ di fronte all'esercizio della potestà pubblica avrebbero recesso non diversamente da altri diritti¹⁹. A conferma di un sostanziale mutamento di prospettiva non mancarono, del resto, da parte del giudice amministrativo decisioni in tema di situazioni soggettive costituzionalmente protette, per esempio, quando esso affermò che l'attività di docenza era da ricondursi alla sfera dei diritti fondamentali perché costituiva in sostanza l'espressione della più generale libertà di manifestazione ex art. 21 della Costituzione²⁰, ovvero, quando stabilì che il diritto alla riservatezza nella vita privata, in quanto espressione della libertà di opinione politica, si presentava limite invalicabile alla insindacabilità del comportamento del pubblico dipendente²¹. Tuttavia, nonostante che il giudice amministrativo si occupasse con maggiore frequenza dei diritti fondamentali e di libertà in genere, persisteva la convinzione a non qualificarli come tali²² e a non richiamare mai il loro fondamento costituzionale²³, nemmeno in quelle sentenze nelle quali si garantiva alla situazione giuridica soggettiva piena ed esclusiva tutela²⁴. Le ragioni che impedivano al giudice amministrativo di operare un'aperta qualificazione dei diritti fondamentali dell'uomo

Vincenzo Cerulli Irelli, "Prime osservazioni sul riparto delle giurisdizioni dopo la pronuncia delle Sezioni Unite", *Astrid - Rassegna*, n. 33, p. 4 ss.

¹⁴ Antonio Piras, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, I, Milano, 1962; Eugenio Cannada Bartoli, "Interesse (dir. amm.)", *Enc. dir.* vol. 20, 1972; Mario Nigro, "Ma cos'è questo interesse legittimo", *Foro it.*, V, 1987.

¹⁵ Ex plurimis, contra Vincenzo Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 2000, p. 394-395.

¹⁶ Sul punto, Giuseppe Di Gaspare, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992, passim.

¹⁷ Così, Giuliano Amato, "Libertà (diritto costituzionale)", *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974.

¹⁸ Giuliano Amato, *ibid.*; Massimo Severo Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

¹⁹ Si v. Umberto Allegretti, Andrea Pubusa, "Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali", *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, (a cura di Lucio Lanfranchi), in *Enc. Treccani*, Roma, 1997, p. 417.

²⁰ TAR - Trentino Alto Adige, Trento, sent. n. 141/1990.

²¹ TAR- Calabria, sent. n.736/1990.

²² TAR- Lazio, sez. I, sent. n. 730/1993.

²³ Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 1745/1994.

²⁴ Umberto Allegretti- Andrea Pubusa, "Giurisdizione amministrativa", *cit.*, p. 423.

erano da ricercare non solo nella (formale) contrapposizione tra interesse legittimo e diritto soggettivo²⁵, ma soprattutto in due questioni di natura sostanziale. La prima questione si rinveniva nel fatto che il conferimento ai diritti in esame del carattere di primarietà rispetto ad altri interessi contemporaneamente coinvolti avrebbe rischiato di inserire nell'attività discrezionale della Pubblica amministrazione un elemento di rigidità, capace di vincolare l'esercizio del potere amministrativo²⁶. La seconda, invece, si riconduceva all'annoso problema del riparto fra le due giurisdizioni ordinaria e amministrativa che, confezionato in una dimensione unicamente processuale²⁷, avrebbe realizzato in sostanza due differenti gradi di livelli di tutele delle posizioni giuridiche²⁸, acuendo le contraddittorietà, peraltro già esistenti, nei rapporti tra gli articoli 101, 102 e 103 della Costituzione²⁹. Quanto detto ci porta a considerare come alle soglie del 2000 fosse ancora presente nel giudice amministrativo il timore della qualificazione degli interessi formanti oggetto di diritti fondamentali dell'uomo e la loro conseguente rivendicazione al processo civile.

Il progressivo abbandono di una concezione autoritaria del diritto amministrativo e la tendenza verso un modello nel quale la posizione di assoluta subordinazione dei privati nei confronti dell'autorità amministrativa va progressivamente attenuandosi³⁰, la nuova conformazione del processo amministrativo scaturito dalla legge 205/2000 che, da una parte, conferisce al giudice amministrativo nuove tecniche di tutele (si pensi a quelle cautelari) capaci di tutelare adeguatamente le diverse posizioni soggettive³¹, dall'altra, amplia significativamente le materie oggetto della giurisdizione esclusiva, la rivoluzione copernicana avviata dalla sentenza n. 500 del 1999 che riconosce la risarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, hanno messo in crisi il sistema amministrativo tradizionale e aperto una nuova fase

²⁵ Il riconoscimento della risarcibilità degli interessi legittimi ha avvalorato la tesi di coloro che ritengono ormai l'interesse legittimo una situazione soggettiva da superare e che sarebbe più verosimile ricondurla a un tipo speciale di diritto soggettivo; in altre parole, l'interesse legittimo non è un interesse materiale ontologicamente diverso, ma solo una diversa forma di rilevanza e quindi di tutela attribuita a un interesse materiale ove questo si trovi a coesistere con l'interesse pubblico.

²⁶ Gaetano Silvestri, "Giudici ordinari, giudici speciali e unità della giurisdizione nella Costituzione italiana", *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, passim; più recentemente, Alessandra Pioggia, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004.

²⁷ Mario Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, passim.

²⁸ Cfr. Franco Scoca, "Contributo sulla figura dell'interesse legittimo", Milano, 1990, p.151ss; dello stesso autore, "Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni", *Dir. proc. amm.*, 1989, p. 549 ss.

²⁹ Gaetano Silvestri, "Giudici ordinari", cit., p. 709 ss; Giovanni Verde, "L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del Costituente", *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 343 ss.

³⁰ Si pensi soprattutto alle modifiche introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 alla legge sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990 n. 241). In dottrina, ex plurimis, Sabino Cassese, "L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, p. 329 ss.

³¹ Cfr. Giovanni D'Angelo, "Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l.21 luglio 2000, n.205", *Dir. amm.*, 2005, p. 660.

che, grazie anche ad una rilettura degli art. 24 e 111 Cost., propone un modello organizzativo che non ammette più «spazi o margini rispetto ai quali il gioco della distinzione dei diritti soggettivi e interessi legittimi lasci il cittadino senza tutela»³².

2. Cenni sull'evoluzione della tutela esercitata dal giudice amministrativo sui diritti fondamentali dell'uomo

Se è vero che la Costituzione repubblicana, alla luce degli articoli 2 e 3, prefigura un modello istituzionale nel quale lo Stato-amministrazione³³ ha come principale compito quello di riconoscere, promuovere, realizzare (e potenziare) i diritti dei cittadini (compresi quelli sociali)³⁴, è opportuno domandarsi, nonostante la presenza di equilibri ancora incerti nel riassetto della tutela giurisdizionale in materia amministrativa, in cosa consista effettivamente la tutela approntata dal giudice amministrativo nei confronti di un diritto fondamentale e se essa sia esercitata anche dopo tale riconoscimento, atteso che la sua giurisdizione è fondata sull'interesse legittimo³⁵. Si è dell'opinione che in un ordinamento come quello italiano in cui i diritti fondamentali dell'uomo trovano fondamento in precise e dettagliate disposizioni costituzionali, la giurisdizione amministrativa si presenti anche come giurisdizione sui diritti³⁶, soprattutto alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale³⁷ che di fatto sottrae alla giurisdizione ordinaria l'esclusività della tutela dei diritti costituzionalmente protetti. Ripercorrendo brevemente il percorso giurisprudenziale, è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 191/2006 ha affermato, nelle pieghe delle sue motivazioni, che la tutela dei diritti riconosciuta al giudice amministrativo è ormai priva del carattere di eccezionalità che storicamente l'ha caratterizzata, dichiarandosi favorevole per un progressivo ampliamento della giurisdizione esclusiva, nonché per una significativa riduzione del confine tra le due giurisdizioni sui diritti³⁸. In segui-

³² Così Aldo Travi, "Gli art. 24 e 111 Cost. come principi unitari di garanzia", *il Foro italiano*, n. 6, Roma, 2011, p. 11.

³³ Giorgio Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, passim.

³⁴ Si v. Corte Cost. sent. n. 432/2005. In dottrina si v., Erika Pampalone, "Giustizia ed eguaglianza: linee di consolidamento in materia di diritti sociali degli stranieri", < www.giustamm.it >, n. 7, 2013.

³⁵ E' stato osservato che l'omogeneità delle situazioni giuridiche soggettive è imprescindibile dalla teorizzazione di una diversa nozione di diritto soggettivo, il quale assume carattere relazionale anche quando si tratta di diritti assoluti. Sul punto si v., Giampaolo Rossi, "Giudice e processo amministrativo", *Dir. proc. amm.*, n. 4/2012, p. 1230-1231.

³⁶ A tal proposito, già nel 2000 la Corte EDU con la sent. del 5 ottobre 2000, Mennitto c. Italia, n. 33804/1996, sottolineò l'importanza di inquadrare la posizione soggettiva dell'interesse legittimo nel più ampio genus dei diritti il cui carattere civile era necessario per godere delle garanzie di cui all'art. 6 Cedu.

³⁷ L'orientamento della Consulta è stato recepito nelle linee generali dalla l. n.69/2009, art. 59.

³⁸ Paolo Vittoria, "Alcune considerazioni sulla questione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo", < www.giustamm.it >, 2007.

to, con la sentenza n. 140 del 27 aprile 2007 il Giudice delle leggi, respingendo le questioni inerenti l'art. 1, comma 552 di cui alla Legge Finanziaria del 2005, nella parte in cui si assegna alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le vertenze proposte nei confronti dei provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica senza fare eccezione per la tutela dei diritti fondamentali quale il diritto alla salute, ha negato la fondatezza del principio costituzionale che qualifica il giudice civile quale giudice naturale dei diritti fondamentali³⁹. L'emersione di questa nuova prospettiva tracciata dalla Consulta e la presenza di un quadro istituzionale in cui la tutela dei diritti fondamentali è garantita soprattutto dalle istituzioni sovranazionali⁴⁰, inducono a ritenere che principi quali il giudice naturale e l'autonomia delle giurisdizioni risultino spesso recessivi rispetto alle preminenti ragioni della tutela giurisdizionale e della garanzia dell'azione⁴¹. In termini pratici, ciò significa che nel nuovo sistema integrato di tutela dei diritti che si va delineando, la funzione giurisdizionale, indipendentemente se sia esercitata dal giudice ordinario o da quello amministrativo, ha oggi come prioritario obiettivo la protezione delle situazioni giuridiche soggettive e che per quest'ultime le disposizioni normative, e non gli interessi generalmente riconosciuti, sono la loro misura⁴². Se si parte, quindi, dalla premessa che il riparto tenga conto non già della violazione delle situazioni soggettive ma dell'esercizio o meno del potere amministrativo capace di influire negativamente anche sui diritti soggettivi⁴³, sono più facilmente intuibili le ragioni che hanno spinto recentemente giurisprudenza e dottrina a porre nel giudice amministrativo piena fiducia nel decidere sui diritti nelle materie in cui ha giurisdizione esclusiva, riconoscendogli anche di domande finalizzate alla tutela di diritti fondamentali non degradabili a interessi legittimi, purché questi si confrontino non con meri comportamenti materiali della Pubblica amministrazione, bensì con poteri da essa illegittimamente esercitati⁴⁴. In un momento in cui la soggettività ha la pretesa di essere tutelata in quanto tale, a tal punto da contribuire al mutamento della definizione stessa di diritto fondamentale⁴⁵, il

³⁹ Alle pronunce della Consulta si sono adeguate anche le Sezioni Unite della Suprema Corte regolatrice con la sentenza del 28 dicembre 2007, n.27187; contra in dottrina, si v. Antonio Carratta, "Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione", *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 27 ss.

⁴⁰ Francesco Manganaro, "Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 428 ss.; Filippo Patroni Griffi, "Tutela nazionale e tutela ultranazionale delle situazioni soggettive nei confronti dei pubblici poteri", <*Federalismi.it*>, n. 12/2013, p. 4.

⁴¹ Cass., sez., un., sent. n.24883/2008.

⁴² Cfr. Cass., sez. un., sent. n. 3670/2011.

⁴³ Massimo Severo Giannini, "Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della Pubblica amministrazione", in *Enc. dir.*, 1970; Franco Gaetano Scoca, "Divagazioni su giurisdizione e azione risarcitoria nei confronti della Pubblica amministrazione", *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1 ss;

⁴⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, ord. n. 791/2008; in dottrina, si v., Alessandro Nigro, *Giustizia amministrativa*, (a cura di), Bologna, 2002.

⁴⁵ Ex plurimis, Peter Haberle, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Firenze, 1993.

ruolo del giudice amministrativo nell'esperienza contemporanea⁴⁶ sembra ancora più necessario al fine di evitare che il divario tra l'ampio dibattito teorico sui diritti fondamentali dell'uomo e la loro effettiva protezione negli Stati e nelle Comunità internazionali, aumenti notevolmente.

Ora consapevoli della complessità dell'argomento in questione e senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, si è dell'opinione che il quesito relativo alla effettività della tutela approntata dal giudice amministrativo⁴⁷ nei confronti dei diritti fondamentali dell'uomo, implichi il coinvolgimento del rapporto tra natura di situazione soggettiva costituzionalmente protetta e inaffievolibilità della stessa, alla luce anche del fatto che la categoria dei diritti fondamentali si è arricchita ulteriormente di nuovi diritti riconosciuti e garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti umani⁴⁸. A tal riguardo, c'è da segnalare che negli ultimi anni il giudice amministrativo nel conoscere alcuni diritti costituzionalmente garantiti ha esercitato una capacità di protezione verso questi di notevole incisività⁴⁹. Ciò dipende soprattutto per il fatto che il nuovo codice processuale amministrativo, in cui possono rinvenirsi tutti gli strumenti necessari al fine di garantire una effettiva tutela del cittadino⁵⁰, riconosce al medesimo giudice(amministrativo) sia l'esercizio dello strumento demolitorio sia quello risarcitorio, generando nel privato la concreta aspirazione a soddisfarsi, almeno parzialmente, anche sui c.d. diritti- pretesa⁵¹. Inoltre, al ricorrente è stato riconosciuto la facoltà di chiedere al giudice amministrativo anche il solo risarcimento del danno indipendentemente dalla richiesta di previo annullamento, entro il termine di decadenza, dell'atto illegittimo⁵². D'altronde, è stato acutamente osservato che proprio per i diritti fondamentali dell'uomo l'impedimento della domanda di risarcimento del danno in conseguenza del mancato esercizio dello strumento demolitorio, sarebbe risultato una scelta particolarmente arbitraria giacché spesso per questi diritti i danni(esistenziali) si

⁴⁶ Si cfr., G.Iovanni Verde, "E' ancora in vita l'art. 103, 1 comma, Cost.?", *Foro amm.*, 2008.

⁴⁷ Sul punto si v. Giuseppe Romeo, "" L'effettività della giustizia amministrativa: principio o mito?"" , *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 653 ss.

⁴⁸ Si v. Guglielmo Saporito, "La Corte dei diritti dell'uomo dubita dell'utilità dell'attuale distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi", <www.giustamm.it>, n. 7/2000; Marco Magri, "La Corte di Strasburgo alle prese con la categoria italiana degli interessi legittimi", *Quad. cost.*, vol. 21, 2001; L. Ruggieri, *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2009.

⁴⁹ Sul punto si v. Giuseppe Abbamonte, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 335 ss.

⁵⁰ La legge n. 205/2000 prevede, tra l'altro, oltre allo strumento del risarcimento, valide misure cautelari, comprese quelle ante causam, e potenti mezzi istruttori quali la consulenza tecnica sul modello del processo civile.

⁵¹ In tema di riconoscimento del diritto retributivo si v. l'interessante decisione del Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 758/2011.

⁵² Si v. T.A.R. Basilicata, sez. I, sent. n.366/2008.

riscontrano solo a distanza di un lungo periodo rispetto all'adozione degli atti amministrativi lesivi⁵³.

Le considerazioni appena svolte trovano una conferma in una recente sentenza del Tar di Liguria che si è pronunciato sul diritto fondamentale all'istruzione e all'integrazione scolastica. In particolare, con la sentenza n. 350 del 2012 il giudice ligure, riconoscendo a un alunno di seconda media affetto da gravi disabilità il diritto di usufruire delle 18 ore di sostegno sia per l'anno in corso sia per tutto il primo ciclo conclusivo di studi⁵⁴, annullando così la delibera dell'amministrazione che invece le aveva ridotto a 15, ha attribuito non solo al ricorrente un vero e proprio diritto soggettivo azionabile immediatamente nei confronti dell'istituzione scolastica⁵⁵, ma, altresì, ha riconosciuto ai terzi coinvolti nella vicenda altrettanti diritti fondamentali costituzionalmente garantiti quali quello della non discriminazione e del diritto al lavoro. Infatti, il giudice, in primis, ha affermato che l'assegnazione del monte ore suddetto allo studente ricorrente non comportava l'automatica riduzione delle ore delle lezioni agli altri studenti disabili, in quanto compito dei pubblici poteri è di garantire il diritto allo studio a tutti gli studenti, contro ogni forma di discriminazione di cui all'art. 3 Cost.⁵⁶. In secondo luogo, il Consesso ha negato al soggetto ricorrente per il successivo anno scolastico lo stesso docente di sostegno poiché l'accoglimento della richiesta alla continuità didattica ledeva non già il diritto alla scelta della sede del posto di lavoro, bensì il diritto costituzionalmente protetto al lavoro degli altri docenti, prendendo così le distanze da una precedente decisione del Consiglio di Stato che, viceversa, affermò che nell'assegnazione del docente di sostegno l'istituzione scolastica poteva anche prescindere dalle graduatorie purché tale scelta giovasse all'interesse dell'alunno⁵⁷. L'orientamento giurisprudenziale indicato, peraltro intrapreso già anni or sono⁵⁸, è coerente con i principi di cui agli artt. 24, 111 e 113 Cost., nonché all'art. 6 della CEDU, poiché la pretesa fatta valere in giudizio trova la sua concreta soddisfazione nella giurisdizione piena garantita dal giudice amministrativo, la quale, non si limita più durante il controllo giurisdizionale esercitato sull'atto amministrativo agli aspetti solo formali, ma estende il suo scrutinio alla valutazione della compatibilità di esso con l'oggetto e lo scopo della norma attributiva del potere⁵⁹. Come

⁵³ Francesco Caringella, "Giudici amministrativi e diritti fondamentali", Relazione al convegno tenuta al TAR di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale amministrativo, Lecce, 14 e 15 marzo 2008.

⁵⁴ Contra, Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, sent. n. 2231/2010.

⁵⁶ Si v. Antonio Mura, "voce Istruzione", *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1988.

⁵⁷ Cons. Stato, sent. n. 345/2001.

⁵⁸ T.A.R. Molise, sent. n.331/2007; T.A.R. Liguria, sent. n. 2144/2008; Cons. Stato, sent. n. 1037/2009.

⁵⁹ E' interessante notare che proprio a riguardo dell'istruzione in passato si era manifestata nel processo amministrativo una evidente disparità tra le parti, perché spesso la pretesa del privato si

autorevole dottrina ha rilevato «solo attribuendo al giudice amministrativo la possibilità di accertare e valutare direttamente i fatti costitutivi del diritto o determinativi della sua estensione»⁶⁰, si può concretamente garantire una tutela incondizionata al suo titolare⁶¹. Coerentemente a quest'idea vanno menzionate significative decisioni del supremo giudice amministrativo in materia di rispetto del principio del contraddittorio⁶², nelle quali le questioni sul tema della non parità tra le parti nel processo amministrativo hanno contribuito a ridurre quelle distanze che separano il processo in esame dal processo civile, in cui, come è noto, si riscontra una sostanziale parità tra le parti, «per cui ciascuna di esse è in grado di apportare a dimostrazione delle proprie affermazioni di fatto gli elementi della realtà extraprocessuale ritenuti necessari»⁶³. Un esempio è offerto da una recente decisione del Consiglio di Stato n. 5676 del 2011 dalla quale si evincono indicativi spunti di riflessione. Infatti, il supremo Consesso⁶⁴, riformando una precedente decisione del Tar Trento del 26 gennaio 2011 n. 18 che rigettava il ricorso di un privato (compensando tra le parti le spese di lite) avverso l'ammonizione orale inflitto ai sensi dell'art. 8 della legge n. 38/2009 (c.d. legge sullo stalking) dal Questore di Trento a seguito della richiesta avanzata dalla moglie, ha riconosciuto al ricorrente la tutela del diritto fondamentale del singolo ad una effettiva partecipazione al procedimento⁶⁵. In particolare, il giudice di palazzo Spada ha accolto l'appello ritenendo non condivisibile le motivazioni del giudice di primo grado nella parte in cui affermava la non violazione dell'art. 10 della l. 241 del 1990 (ritardo nell'avviso di avvio del procedimento) e dell'art. 8 l. n. 38 del 2009 (mancata audizione dell'interessato), in quanto, nonostante la moglie dell'appellante avesse presentato l'esposto con richiesta di ammonizione alla questura di Trento già il 2 maggio del 2009, quest'ultimo veniva informato dell'avvio del procedimento solo il 27 settembre 2009 (mentre per la consegna del provvedimento il ricorrente avrebbe atteso addirittura il 27 novembre). Per tali elementi il Consiglio di Stato ha sancito la lesione del diritto fondamentale del principio del contraddittorio che si sostanzialmente, se-

fondava su atti o fatti interni all'amministrazione. Si cfr. a tal riguardo, Cons. Stato, Ad. Plen. 29 luglio 2011, n.15.

⁶⁰ Franco Ledda, "La giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato", *Scritti giuridici*, 2002, pp. 160-161.

⁶¹ Si v. Stefania Puddu, "I diritti fondamentali al vaglio del giudice amministrativo", *Dir. e proc. amm.*, n. 3/2010, p. 930.

⁶² C'è da sottolineare che i diritti fondamentali procedurali già da decenni costituiscono un aspetto molto rilevante del quadro complessivo dei diritti fondamentali in Germania e nella cultura giuridica anglosassone.

⁶³ Così, Pasquale de Lise, "Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo", *I diritti umani nella prospettiva transazionale*, Roma, Presidenza del Consiglio, 2009, p.12.

⁶⁴ Cfr. anche T.A.R. Lombardia, Brescia, sent. n. 13/1993. In dottrina, si v. Andrea Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una ricerca di una giustizia non amministrativa*, Milano, 2005, passim.

⁶⁵ Maria Alessandra Sandulli, "La comunicazione di avvio del procedimento tra forma e sostanza (spunti dai recenti progetti di riforma)", *Foro amministrativo TAR* 2004, p. 1595 ss.

condo il giudice, in numerosi adempimenti quale l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento (il ricorrente non era stato convocato preventivamente per essere sentito come persona informata dei fatti nonostante l'art. 8 della l. n.38 del 2009 prevedesse che «il Questore pronuncia l'ammonizione sentite le persone informate dei fatti»), ovvero, l'obbligo di valutare le memorie scritte presentate dal ricorrente («la mancanza di qualsiasi valutazione riguardo la non attendibilità delle controdeduzioni presentate dal ricorrente, di cui viene solo indicata la data di acquisizione»).

Nonostante il giudice amministrativo abbia mostrato particolare sensibilità nel richiamare i diritti fondamentali dell'uomo nelle più svariate materie, incidendo per esempio sui diritti dell'individuo garantiti nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità⁶⁶, ovvero, sul diritto di libera iniziativa economica⁶⁷, le più rilevanti manifestazioni del nuovo corso intrapreso nella cognizione dei diritti fondamentali dell'uomo si hanno soprattutto nella materia del diritto alla salute, per la quale la stessa giurisprudenza civile e costituzionale ha contribuito alla formazione di quella zona grigia, «rispetto alla quale è difficile individuare un criterio chiaro per il riparto fra diritti devoluti alla giurisdizione ordinaria e giurisdizione esclusiva»⁶⁸. In questa delicata disciplina, infatti, talora la Cassazione⁶⁹, talora la Corte costituzionale⁷⁰, affermano che il diritto alla salute si stratifica in più gradi, nei quali è possibile individuare, oltre le posizioni definite inviolabili, alcune di livello inferiore e quindi suscettibili di essere conosciute dal giudice amministrativo⁷¹. Ci riferiamo ai casi in cui il giudice amministrativo ritiene possibile che i diritti fondamentali e le libertà garantiti in Costituzione s'intersechino con l'esercizio del pubblico potere; in altri termini, che la posizione soggettiva del singolo di fronte all'esercizio di un potere amministrativo, manifestatosi mediante l'adozione di un provvedimento di cui si chiede l'annullamento, si presenti come interesse legittimo anche nel caso in cui si intenda far valere un diritto fondamentale⁷². Ciò vale soprattutto per il diritto alla salute per il quale il giudice in esame ha stabilito come l'adeguamento delle posizioni giuridiche ai pubblici poteri coinvolgesse anche altri diritti non meno fondamentali, nonché i superiori interessi pubblici⁷³. Ecco che il

⁶⁶ T.A.R. Lazio, sez. III, sent. n. 1079/1989.

⁶⁷ Cons. Stato, sent. n. 106/1988.

⁶⁸ Aldo Travi, "Tutela dei diritti e riparto di giurisdizione", *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, (a cura di), Napoli, 2011, p. 508.

⁶⁹ Cass., sez. I, sent. n. 17461/2006.

⁷⁰ Corte Cost., sent. n.354/2008.

⁷¹ Serena Oggianu, "I principi sulla tutela della salute", *Diritto e proc. amm.*, 2008, p. 170.

⁷² Cons. Stato, sent. 4908/2006, nella quale sentenza si dispone, tra l'altro, che "la concezione dei diritti perfetti o non degradabili è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti". Contra, Cass. S.U., sent. n. 2867/2009; T.A.R. Campania, sent. 1883/2009.

⁷³ Francesco Caringella, "Giudici amministrativi", cit. , p. 4.

giudice amministrativo con riferimento a controversie riguardanti la compressione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegitimo esercizio dell'attività della pubblica amministrazione, si è pronunciato, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 32 Cost., per la tutela del diritto alla salute, condannando il Servizio sanitario nazionale a rimborsare le spese dei medicinali sostenute dai pazienti⁷⁴ come, per esempio, nei casi in cui ha autorizzato cure mediche all'estero⁷⁵ oppure ha riconosciuto ad un soggetto affetto da gravi patologie di curarsi con medicinali non ancora previsti nel prontuario terapeutico nazionale⁷⁶, ma ritenuti indispensabili per la sopravvivenza dell'assistito. In entrambi i casi, ebbene sottolineare, i giudici in esame hanno inteso il diritto alla salute sia nel suo valore soggettivo quale strumento che attiene alla dignità sociale del cittadino, sia nel suo valore oggettivo quale interesse insopprimibile della collettività⁷⁷; ciò potrebbe lasciare intendere che dinanzi a un diritto fondamentale sociale il cui godimento dipende da una prestazione della p.a., la qualifica di tale diritto anziché incidere sulla determinazione della giurisdizione, possa produrre effetti riguardo ai poteri del giudice amministrativo, in modo da garantire una tutela più effettiva⁷⁸. Di notevole interesse è anche il contributo offerto dal giudice amministrativo di rendere concreta la scissione tra sanità e assistenza; tale fenomeno è ancor più grande ove si consideri che tra i due ambiti vi è sempre stata promiscuità⁷⁹: è noto che parte rilevante dei servizi sociali e d'assistenza contiene elementi propri del diritto alla salute⁸⁰, ed è sufficiente al riguardo considerare le ipotesi dei disabili gravi o degli anziani non auto sufficienti. Attraverso un lungo percorso giurisprudenziale si è dato alla luce il generale convincimento sulla non congruità delle soluzioni correnti in tema di servizi comprendenti l'apporto integrato di elementi di ordine sanitario e d'assistenza; in particolare, è apparsa iniqua la circostanza che l'avente diritto a fruire del diritto all'assistenza sanitaria gratuita si trovi in taluni casi a dover sopportare l'onere di tali interventi in proprio⁸¹, o al più con l'apporto residuale degli

⁷⁴ Cons. Stato, sez. IV, sent. n.4004/2004.

⁷⁵ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 5132/2004; T.A.R. Trento, sent. n. 1744/2009.

⁷⁶ T.A.R. Lombardia Milano, ord. n. 791/2008. C'è da aggiungere che in questa specifica ordinanza il giudice in esame ha sfruttato appieno gli strumenti offerti dalla cautela atipica in quanto dopo l'accoglimento della domanda incidentale, ha, al contempo, sospeso gli effetti del provvedimento di diniego oggetto della domanda avanzata dal ricorrente e ha imposto all'autorità amministrativa di provvedere alla distribuzione gratuita del farmaco all'ammalato.

⁷⁷ Si v. Daniela Aciri, "In tema di autorizzazione ad usufruire di cure all'estero e riparto di giurisdizione. La tutela dei diritti fondamentali può essere affidata al giudice amministrativo?", *Giur. merito*, 2008, p. 3277 ss.

⁷⁸ Si v. Aldo Travi, " Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni", *Dir. pubbl.*, 2004, 454ss. Si cfr. anche, Cons. Stato, V sez., sent. n. 1640/2012.

⁷⁹ Andrea Rovagnati, "La pretesa a prestazioni sanitarie nell'ordinamento costituzionale", *Associazione gruppo Convegno annuale di Pisa*, 2011, 8-9- giugno 2012.

⁸⁰ Si cfr. Corte cost., sentt., nn., 22/1967; 29/1968; 132/1972; 160/1974.

⁸¹ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 7766/2004.

enti locali, solamente perché gli interventi di carattere sanitario sono compresi in tipi di prestazioni di carattere socio-assistenziale⁸².

In altre circostanze, è prevalso l'orientamento, come anticipato prima, secondo cui la tutela di un diritto fondamentale dell'individuo non significhi necessariamente il sacrificio di altri diritti costituzionalmente garantiti. Risponde a tale considerazione la decisione del TAR Campania del 26 maggio 2010 n. 9181 in materia di rifiuti e attività di smaltimento, nella quale, il giudice, accogliendo il ricorso della società Langella Mario srl specializzata nel settore del trasporto, trattamento, smaltimento, gestione e recupero rifiuti speciali, ha annullato entrambi i decreti nn. 699 e 777 del 2009 della Regione Campania, nella parte in cui si negava l'autorizzazione delle attività D 13 e D 14 per i codici CER 180103 e 180102, nonché di tutti gli atti presupposti. Attraverso un'opera di armonizzazione, il Tribunale amministrativo ha affermato che, sebbene il diritto alla salute ricoprisse un indiscutibile valore costituzionale, nel settore di tutela dell'ambiente dagli effetti dell'inquinamento andava parimenti tutelato anche il diritto di libertà economica e d'iniziativa d'impresa mediante la coniugazione tra essi di un equo temperamento al fine di evitare qualsiasi ingiustificata compromissione. Recentemente, sempre il TAR Campania con la sentenza del 26 giugno 2013 n. 3338, ha annullato il decreto n. 156 del 2012 della Regione Campania che impediva ai pazienti di scegliere liberamente il luogo dove curarsi. Oltre a caratterizzarsi positivamente per la tempestività con cui il Tribunale ha deliberato in meno di sessanta giorni la decisione di annullamento del provvedimento, garantendo così il diritto fondamentale di ragionevole durata del processo, la sentenza in esame va segnalata perché il giudice ha ritenuto irragionevole il decreto nella parte in cui incidiva sulla libertà di scelta dei pazienti del luogo di cura nonostante non si perseguissero gli obiettivi di contenimento della spesa pubblica. In questa circostanza, il giudice si è avvalso di tutti i mezzi di prova previsti dal codice civile per reintegrare i diritti soggettivi e le situazioni d'interesse menomate dal provvedimento della pubblica amministrazione, attribuendo immediatamente al ricorrente l'agognato bene della vita⁸³. Per finire, non mancano decisioni di segno diverso del Supremo giudice amministrativo⁸⁴ a conferma della tesi che individua diversi livelli di tutela del diritto alla salute⁸⁵. A tal riguardo, nel definire in linea di principio legittima a livello regiona-

⁸² Monica Cocconi, *Il diritto alla tutela della salute*, Padova, 1998, p. 45 ss.

⁸³ Sul punto, si v. Carlo Emanuele Gallo, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2001, p. 58

⁸⁴ Cons. Stato, sez. III, sent. n. 935/2012.

⁸⁵ A tal riguardo, due sono gli orientamenti di pensiero che negli anni si sono consolidati. Per il primo orientamento, l'inaffievolibilità del diritto alla salute andrebbe monitorata a seconda se si trovi dinanzi un diritto oppositivo (degradazione del diritto in interesse) ovvero un diritto pretensivo (diritto soggettivo che non subisce nessuna compressione). Per l'altra impostazione di pensiero, invece, il carattere d'inaffievolibilità del diritto è condizionato dallo specifico contenuto della pretesa; solo nel caso che quest'ultima sia finalizzata a scongiurare un rischio mortale è possibile individuare un diritto soggettivo inaffievolibile.

le la fissazione di tetti alla spesa sanitaria in presenza d'insopprimibili esigenze di equilibrio finanziario e di razionalizzazione della spesa pubblica, si è sancito che il diritto in parola non è sempre e incondizionatamente tutelato nella complessa vicenda di contemperamento con i superiori interessi pubblici⁸⁶. Nel medesimo filone di ragionamento va ricondotta la sentenza del T.A.R. Lombardia n. 981 del 2010 che segna un importante precedente giurisprudenziale per la causa dei diritti dei Rom e, in particolare, della comunità dei Sinti. In particolare, i giudici amministrativi, alla luce anche di un recente pronunciamento del Consiglio di Stato⁸⁷, hanno annullato l'ordinanza del sindaco del Comune di Gambolò in provincia di Pavia che intimava lo sgombero di un gruppo di Sinti, peraltro cittadini italiani, insediati in un'area periferica del Comune, per la grave emergenza sanitaria nel frattempo scoppiata in quell'insediamento tale da compromettere la tutela della salute pubblica e della sicurezza urbana(artt. 50 ,c. 5 e 54 del D.lgs. n. 267/2000, come modificato dal D.L. n. 92/2008). Il Tribunale amministrativo in parola ha statuito, invece, che la situazione si riconduceva solo a un mero stato di degrado e d'incuria (in cui spesso si trovano le nostre periferie) capace al limite di provocare una mera precarietà igienica che ben si affronta con gli ordinari strumenti legislativi piuttosto con i poteri extra ordinem del sindaco, questi ultimi suscettibili, in quanto insussistenti i requisiti di minaccia alla salute pubblica, di incidere sui diritti fondamentali dell'uomo. Inoltre, secondo il giudice amministrativo il provvedimento di allontanamento non si giustificava nemmeno per motivi di sicurezza urbana perché l'occupazione abusiva degli immobili e l'alterazione del decoro urbano di per sé non comportavano un pericolo imminente per la collettività. La sentenza de qua conferma l'attenzione che ora i giudici amministrativi dedicano alla tutela dei diritti fondamentali, soprattutto quando essi sono in "competizione" con l'interesse pubblico e va quindi attuata un'accurata attività di ponderazione.

Da questa breve esposizione emerge che nell'attuale quadro normativo e giurisprudenziale il potere del giudice amministrativo nei confronti dei diritti fondamentali dell'uomo è indubbiamente più incisivo. La possibilità di valutare la fondatezza dei ricorsi dei privati, riconoscendogli il risarcimento dei danni sopportati in dipendenza dell'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, la dotazione dei mezzi probatori tipici del processo civile e l'esercizio della tutela cautelare atipica⁸⁸, lo sforzo interpretativo che ha portato ad ampliare il novero e il contenuto delle azioni esperibili, il modulare, per rendere giustizia, l'effetto demolitorio alla

⁸⁶ Si cfr. Corte Cost., sent. n. 200/2005.

⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 868/2010.

⁸⁸ Andrea Pubusa, "Note su misure cautelari e semplificazione del processo", *Dir. e proc. amm.*, 2008, p. 1043 ss; Maria Alessandra Sandulli, "Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva", *Quaderni del Foro amm.*, T.A.R. ,n. 1, 2008; Aldo Travi, "Considerazioni sul recente codice del processo amministrativo", *Dir. pubbl.* 2010, passim.

richiesta di tutela,⁸⁹ calibrando gli effetti temporali delle decisioni di annullamento al fine di non coinvolgere gli effetti *medio tempore* del provvedimento nell'interesse dello stesso ricorrente⁹⁰, sono indubbiamente tutti elementi che hanno indirizzato l'attività di cognizione del giudice in esame sulle pretese sostanziali azionate⁹¹, ma, al contempo, essi hanno contribuito anche a far maturare la convinzione nei cittadini che il giudice in parola sia ormai capace di garantire una sostanziale protezione ai diritti costituzionali, assicurando ad essi un ampio ventaglio di forme di tutela soddisfattiva⁹².

3. L'incidenza delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul diritto amministrativo italiano

Le considerazioni svolte fino a questo punto ci inducono a ritenere fondata la tesi che riconosce al giudice amministrativo il ruolo di garante dei diritti fondamentali dell'uomo. Tuttavia, in un sistema normativo complesso come quello italiano, in cui i rapporti gerarchici fra le fonti sono spesso caratterizzati da contorni instabili e mutevoli⁹³, la tutela delle situazioni giuridiche soggettive del cittadino nei confronti dei pubblici poteri è il risultato del dialogo che s'instaura fra i diversi ordinamenti e fra i giudici, nazionali ed europei⁹⁴. A tal proposito, assume una rilevante importanza l'influenza che le disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo hanno esercitato negli ultimi anni sul diritto sostanziale e processuale amministrativo, nonostante la Corte costituzionale in più di una decisione avesse escluso l'efficacia diretta dei suddetti atti⁹⁵. A dire il vero, l'orientamento giurisprudenziale della Consulta non ha trovato poi seguito né nella giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione, né nella giurisprudenza amministrativa⁹⁶. La Suprema Corte, già in tempi

⁸⁹ Cfr. Roberto Caponigro " Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo", *Foro amm. Cds.*, 2011, 1707.

⁹⁰ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 2755/2011, con nota a sentenza di Pietro Quinto, "La specificità della giurisdizione amministrativa ed una sentenza di buon senso", <www.giustamm.it>, n. 5/2011. Inoltre si cfr. Corte EDU, sent. 27 settembre 2011, Menarini c. Italia.

⁹¹ Andrea Proto Pisani, "Verso il superamento della giurisdizione amministrativa?", <Foro it>., 2001, n.5, p. 26 ss.

⁹² Franco Ledda, "La giurisdizione esclusiva", cit. p. 166 ss; Pasquale de Lise, " Per un dialogo tra le giurisdizioni", <www.giustamm.it>, n. 7/2008, p. 3.

⁹³ Sul punto si v. Giuseppe Cataldi, "Rapporti tra norme internazionali e norme interne", *Digesto pubbl.*, XII, Torino, 1997, p. 337.

⁹⁴ E' sempre più significativa l'attività delle istituzioni legislative e giudiziarie europee a protezione delle garanzie dei diritti dell'individuo nel rapporto con i pubblici poteri.

⁹⁵ Antonino Spadaro, Carmela Salazar, (a cura di), *Riflessioni sulle sentenze 348/349 del 2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009. Si cfr. inoltre, Corte Cost., sentt., nn. 129/2008 e 264/2012.

⁹⁶ Si v. Carlo Deodato, "L'efficacia della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali nell'ordinamento italiano. La questione della disapplicazione: un problema sopravvalutato", <www.giustamm.it>, n. 10, 2013, p. 13 ss.

meno recenti⁹⁷, si era espressa favorevole all'immediata recettività delle norme CEDU in seno all'ordinamento italiano⁹⁸, inaugurando un interessante percorso giurisprudenziale⁹⁹ culminato nel riconoscimento al giudice nazionale di disapplicare le norme interne configgenti con le disposizioni convenzionali¹⁰⁰. In linea di continuità con il Supremo giudice di legittimità, si avrebbe espressa poi anche la giurisprudenza amministrativa¹⁰¹, anche se quest'ultima, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha riconosciuto, in seguito alla comunitarizzazione delle norme CEDU, i diritti fondamentali sanciti da quest'ultima quali principi interni al diritto dell'Unione¹⁰². Dinanzi a questo quadro disomogeneo, la questione si presenta molto complessa, in quanto una cosa è affermare che i precetti della Convenzione sono direttamente applicabili in quelle materie ricollegabili al diritto comunitario, «altro è che essi si considerino come parametro vincolante *tout court* per il giudice e che quindi sia possibile darne applicazione a qualunque fattispecie»¹⁰³. Ciò è confermato dal diverso livello d'incisività esercitato dalle disposizioni della Convenzione (artt. 6 e 13) e dalle decisioni della Corte di Strasburgo sul diritto sostanziale amministrativo piuttosto che sul processo¹⁰⁴. Per quest'ultimo, le istituzioni sovranazionali si sono limitate all'elaborazione di principi di carattere generale con funzioni propriamente descrittive¹⁰⁵ (si pensi al rispetto del principio di

⁹⁷ Cass. civ., sez. I, sent. n. 2762/1967.

⁹⁸ Si cfr. tuttavia, Corte Cass., ord. n. 11887/2006.

⁹⁹ Si cfr. Cass. pen., sez. IV, sent. n. 6978/1982; Cass. pen. S.U., sent. n. 15/1988; Cass. pen., sez. I, 12 maggio 1993, Medrano, in Cass. pen. 1994.

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 1.12.2006- Dorigo; Cass. civ., sent. n. 10542/2002; Cass. civ., S.U., sent. n. 28507/2005; Cass. civ. sent. n. 18203/2008. Si v. Andrea Guazzarotti, "Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno?", <www.forumcostituzionale.it>, 2007. Recentemente, mi sia consentito, Francesco Zammartino, "Autonomia procedimentale e processuale degli Stati membri nel processo d'integrazione in Europa. Le esperienze italiana e francese", *Rass. di dir. pubb. eur.*, n. 2/2012.

¹⁰¹ Si v. di recente T.A.R. Lazio, sent. n. 11984/2010, il quale, nell'ambito di una vicenda espropriativa non legittimamente perfezionata sottolinea che il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU quali principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, poiché le norme della Convenzione sono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali in forza del diritto comunitario; in tal senso, anche Cons. Stato, sent. n. 1220/2010.

¹⁰² Si cfr. Tania Groppi, (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell' Unione Europea*, Bologna, 2001; Girolamo Strozzi, "" La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Ordinamento degli stati membri"" , scritti degli allievi in memoria di Giuseppe Barile, Padova, 1995; Alfonso Celotto, "Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?", <www.giustamm.it>, n.5/2010.

¹⁰³ Così Giuseppe Colavitti, "Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme Cedu grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?", *Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2010.

¹⁰⁴ Anche se come lucidamente sottolineava Nigro i problemi del processo amministrativo sono così strettamente connessi col diritto amministrativo in senso sostanziale che ogni riferimento al processo amministrativo finisce col tramutarsi in un riferimento alla effettiva tutela delle situazioni soggettive.

¹⁰⁵ Principi di carattere generale che risiedono nel primo paragrafo dell'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e si riferiscono all'individuazione di diritti specifici quale il diritto ad essere giudicato

effettività della tutela giurisdizionale che esige, tra l'altro, nel corso di un giudizio l'adozione di quelle misure anche cautelari affinché la decisione attribuisca tutte le utilità che spettano al diritto sostanziale), a cui i giudici nazionali sono comunque tenuti ad osservare, ma che solo raramente attengono al contenuto del processo stesso, materia ritenuta di esclusiva competenza delle legislazioni statali¹⁰⁶.

A tal riguardo, partendo dal principio del giusto processo (che prima della revisione costituzionale dell'art. 111 trovava il suo fondamento direttamente nell'art. 6, par. 1 CEDU) si segnalano diverse decisioni della Corte dei diritti umani di Strasburgo aventi ad oggetto l'effettivo rispetto dei principi di imparzialità e di indipendenza da parte del giudice amministrativo alla luce del fatto che l'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa di funzioni consultive ed ausiliari dell'esecutivo, accanto a quelle giurisdizionali, ha suscitato più di un dubbio sulla compatibilità di tale modello, peraltro vigente in molti paesi aderenti alla Convenzione, con il disposto di cui all'art. 6. Uno delle prime decisioni della Corte europea dei diritti in tema di cumulo di funzioni giurisdizionali e consultive in capo agli organi di giustizia amministrativa è stata la sentenza Procola/c Stato del Lussemburgo del 1995, nella quale si stabiliva il difetto di imparzialità del Collegio del Consiglio di Stato lussemburghese perché quattro membri su cinque del collegio si erano occupati già precedentemente della medesima questione in sede consultiva. Con la decisione in esame, tuttavia, la Corte, pur rilevando nella composizione del Consesso un difetto di terzietà rispetto alle parti, non andò oltre le circostanze della fattispecie concreta¹⁰⁷, rifiutandosi di formulare un principio generale mediante il quale stabilire la contrarietà alla Convenzione di ogni sistema normativo che avrebbe previsto il cumulo di entrambe le funzioni in seno ad uno stesso assetto giudiziario¹⁰⁸. Tale considerazione è confermata dal fatto che la Corte in seguito si pronunciò diversamente sul tema, limitandosi con la decisione Kleyn del 2003, questa volta riguardante il Consiglio di Stato olandese, ad affermare che l'esistenza di meccanismi idonei a garantire la diversità delle persone fisiche, cui era affidata la decisione sul medesimo atto nei due diversi consessi, era sufficiente a garantire l'imparzialità del giudice e la conseguente non violazione dell'art. 6 della Convenzione¹⁰⁹. Gli spunti più significativi si registrano, tuttavia, con le sentenze Sacilor Lormines del 2006 e Dubus del 2009 c. Francia, le quali hanno messo seriamente in

da un tribunale imparziale, indipendente e precostituito per legge e il diritto ad un processo la cui durata sia ragionevole.

¹⁰⁶ Si v. Mario Chiavario, "Giudicato e processo iniquo": "la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva)", *Giur. cost.*, 2008, p. 1522 ss.; Vincenzo Sciarabba, "Il problema del giudicato tra Corte di Strasburgo, giudici comuni, Corte costituzionale e legislatore?", www.quadernicostituzionali.it, n.5, 2008.

¹⁰⁷ Nella medesima linea di tendenza si v., Corte EDU, sentenza MC Gonnell del 2000.

¹⁰⁸ Quanto detto è dimostrato dal fatto che la maggior parte degli Stati membri hanno interpretato in senso restrittivo la sentenza della Corte di Strasburgo del 1995.

¹⁰⁹ Si rinvia a Miriam Allena, *Art. 6 Cedu, Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, p. 20 ss.

discussione il sistema francese basato invece sulla duplicità delle funzioni in capo al medesimo organo¹¹⁰. Infatti, in queste decisioni, nonostante si sancisse in linea di principio che il cumulo di funzioni consultive e giurisdizionali in capo ad un medesimo organo collegiale era compatibile con i principi dell'indipendenza e dell'imparzialità del giudice garantiti dall'art. 6 CEDU, si è poi aggiunto che il cumulo delle funzioni era subordinato, tuttavia, alla natura e alla portata dei compiti di chi agiva in sede istruttoria¹¹¹ e all'assenza di compimento di atti e di accusa da parte dello stesso¹¹².

Le conclusioni cui siamo pervenuti sono coerenti con il tradizionale modello italiano¹¹³, strutturato anch'esso su di un organo di giustizia amministrativa di appello quale è il Consiglio di Stato¹¹⁴, il quale garantisce la legalità e l'efficacia dell'attività amministrativa anche mediante una funzione consultiva disciplinata dall'art. 100 Cost. che si concreta quale strumento preventivo di controllo della formazione degli atti normativi «che, dal punto di vista della Convenzione, costituisce una garanzia dell'individuo contro gli abusi dell'Autorità pubblica»¹¹⁵.

Considerazioni diverse vanno fatte in relazione all'incidenza esercitata dalle disposizioni della Convenzione sulle norme nazionali che disciplinano i termini decadenziali¹¹⁶ entro i quali impugnare i provvedimenti amministrativi¹¹⁷. In base ad una lettura congiunta degli artt. 6 e 13 CEDU, infatti, si evince per gli Stati aderenti solo l'obbligo del rispetto del diritto fondamentale di accesso al giudice¹¹⁸ al fine di stabilire la responsabilità di chi commette la violazione e di risarcire i possibili danni¹¹⁹, mentre nessun limite vincola i giudici nazionali di astenersi di pronunciarsi nel merito nel caso si violino le norme vigenti interne disciplinanti i termini

¹¹⁰ Cfr. Jean Claude Soyser- Michele De Salvia, "ARTICLE 6", L.E. Pettiti - E. Decaux- P.H. Imbert, *La Convention européenne de droits de l'homme. Commentaire*, Paris, 1999; Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, VII ed., Paris, 2005.

¹¹¹ Si v. anche Corte EDU, sent. 12 aprile 2006, Martinie c. Francia.

¹¹² Silvia Mirate, *Giustizia amministrativa e Convenzione dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007, p. 357. Si cfr. anche Corte EDU, sent. 28 aprile 2009, n. 14, Savino c. Italia; Corte EDU, sent. 11 giugno 2011, Kress c. Francia.

¹¹³ Cfr. da ultimo Corte cost., sent. n. 273/2011.

¹¹⁴ Sabino Cassese, "Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore", *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di Gabriele Pasquini e Aldo Sandulli, Milano, 2001.

¹¹⁵ Così, Pasquale De Lise, "Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo", cit. p. 8. Inoltre si v., Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2/2009.

¹¹⁶ Corte cost., sentt. nn.93/62 e 159/69.

¹¹⁷ E' noto come nel processo amministrativo spesso s'imponga alla parte, a pena di decadenza, il compimento di un particolare atto entro un predefinito arco temporale, dovendosi garantire innanzitutto il principio della certezza dell'azione amministrativa la quale non può essere ostacolata dalla pendenza di un giudizio la cui conclusione non è dato sapere quando arriverà. Si cfr. Corte EDU, sent. 15 settembre 2009, Moskal c. Polonia.

¹¹⁸ Tale diritto è consacrato anche nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

¹¹⁹ Corte EDU, Golder c. Regno Unito, 21 febbraio 1975, n. 4451/70.

di decadenza per l'impugnazione¹²⁰. Del resto, la stessa Corte EDU ha riconosciuto agli Stati membri un ampio margine di discrezionalità in tema di fissazione dei termini procedurali, stabilendo nella storica sentenza *Golder* del 1975, che la valutazione della ragionevole durata di un processo era proporzionata alle caratteristiche della controversia su cui il giudice era chiamato a pronunciarsi¹²¹. In altri termini, la Corte ritenne che il termine ragionevole di un processo non fosse determinabile a priori e che spettasse proprio a essa giudicare la coerenza in base agli elementi di fatto dei singoli casi processuali: la complessità del caso, la natura degli interessi oggetto della controversia, la verifica in parte complessa degli elementi probatori. Con riferimento a quanto detto, si rileva, alla luce della recente giurisprudenza della Corte in esame, però un percorso non del tutto lineare: per esempio, il giudice di Strasburgo ha statuito l'irragionevolezza della durata di cinque anni di un procedimento svoltosi dinanzi alla nostra Corte dei Conti in base alla motivazione che l'iter procedurale comunque si fosse svolto in un solo in un grado di giurisdizione¹²², mentre ha ritenuto non irragionevole la durata di oltre tre anni di due gradi di giudizi, nonostante la sola indagine preliminare si fosse protratta oltre un anno¹²³. Di notevole interesse sono anche quelle decisioni nelle quali si è definita irragionevole la durata di un processo per i tempi protrattisi nello svolgimento dell'attività istruttoria e nel processo di appello¹²⁴ o per il tempo di attesa di un privato (24 anni) per ottenere un'indennità definitiva a seguito di un' ampio intervento di nazionalizzazione da parte dello Stato¹²⁵. Nel percorso giurisprudenziale della Corte EDU si rileva anche la necessità che la durata del processo non pregiudichi la garanzia del diritto azionato dal privato. In relazione a quanto affermato, la Corte di Strasburgo stabilisce l'impossibilità che si garantisca un'effettiva tutela giurisdizionale durante un processo nel quale troppo onerosi risultino i costi per le parti ricorrenti¹²⁶, ovvero, quando si fronteggi un'amministrazione poco collaborativa che generi un accesso frammentato o omisato degli atti, o ancora, reiteri provvedimenti illegittimi dando luogo a numerosi

¹²⁰ A conclusioni parzialmente diverse sembra poter giungere riguardo l'incidenza del diritto dell'U.E. sulle regole procedurali ed impugnative vigenti negli Stati membri. In effetti, la Corte di Giustizia europea con la sentenza *Santex* del 2003 ha riconosciuto per la prima volta a un giudice nazionale di disapplicare un atto amministrativo in spregio al diritto comunitario nonostante fossero già cessati i termini impugnatori. A tal proposito si cfr. anche T.A.R. Sardegna, sent. n. 549/2007 e Cons. Stato, sent. n. 1054/2009.

¹²¹ Corte EDU, 23 settembre 1998, *Zubani c. Italia*, nella quale decisione si è dichiarato non tardivo un ricorso nonostante fossero violati i termini di proposizione poiché si è affermato che l'occupazione illecita comporta un illecito continuato.

¹²² Corte EDU, sent. 26 luglio 2011, *Capriati c. Italia*. Si cfr. anche Corte EDU, sent. 13 gennaio 2011, *Hoffer e Annen c. Germania*.

¹²³ Corte EDU, sent. 19 luglio 2011, *Buldakov c. Russia*.

¹²⁴ Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Kashavelov c. Bulgaria*.

¹²⁵ Corte EDU, sent. 11 gennaio 2000, *Almedia Garrett, Mascarenhas Falcao, c. Portogallo*.

¹²⁶ Corte EDU, sent. 16 dicembre 1992, *Geouffre de la Pradelle c. Francia*.

ricorsi¹²⁷. Alla luce di tali pronunciamenti e in conformità al vincolo internazionale di provvedere all'adozione di tutte quelle misure che diano effettiva tutela al ricorrente la cui pretesa risulti fondata, anche il Consiglio di Stato¹²⁸ si è pronunciato sul principio di effettività della tutela giurisdizionale, garantendo in alcuni casi, mediante una innovativa interpretazione dell'art. 389 c.p.c. in tema di restituzione d'indebito, l'apposizione della clausola esecutiva alle sentenze amministrative.

Per quanto riguarda, infine, il tema concernente il principio di "*égalité des armes*" delle parti processuali, la non diretta applicabilità delle norme della Convenzione¹²⁹ ne ha certamente accentuato lo stato di oggettiva incertezza; com'è noto, nel nostro processo amministrativo (nonostante l'entrata in vigore del nuovo codice nel 2010), a differenza del processo civile, non esiste ancora un'effettiva parità tra le parti processuali¹³⁰. Tale posizione di subordinazione del privato nei confronti dell'amministrazione deriva in fondo dalla natura stessa del processo in esame che, essendo da ricorso, non legittima il ricorrente a raccogliere prove che non trovino origini in fatti o atti interni all'amministrazione precedente, sulla quale non grava, ebbene ricordare, nessun obbligo di esibire le prove a proprio sfavore o utili a dimostrare una disparità di trattamento¹³¹. Del resto, nel nostro processo amministrativo, nonostante i progressi compiuti al fine di porre rimedio alla disuguaglianza tra le parti pubblica e privata¹³², il principio generale in tema di acquisizione delle prove (peraltro elaborato dalla giurisprudenza) rimane sostanzialmente di tipo dispositivo temperato¹³³ piuttosto che di tipo dispositivo puro o inquisitorio il quale, com'è noto, riconosce alle parti la disponibilità piena delle prove (il g.a. può disporre attualmente dell'assunzione di tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile come quello d'invertire o modificare l'onere della prova ad esclusione però del giuramento e dell'interrogatorio formale). In altri termini, il nuovo codice del processo amministrativo riconosce alle parti ricorrenti l'onere d'introdurre un indizio di prova affinché il giudice eserciti i propri poteri istruttori,

¹²⁷ Corte EDU, sentt. 22 ottobre 1996, *Stubbings c. Regno Unito*, nn. 22083/93 e 22095/93; sent. 23 marzo 2010, *Cudak c. Lituania*, n. 15869/02; sentt. 7 giugno 2011, nn. 43549/08, 5087/09 e 6107/09; sentt. 11 aprile 2013, *Firoz Muneer c. Belgio*, n. 56005/10; *Sikuta c. Russia*, n. 45373/05; *Vyerentosov c. Ucraina*, n. 20372/11.

¹²⁸ Cons. Stato, sent. n. 1220/2010.

¹²⁹ Si cfr. Corte Cost., sent. n. 264/2012.

¹³⁰ Rocco Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2011.

¹³¹ Anche nel processo amministrativo il principio è quello che l'onere della prova spetta a chi compie l'affermazione, ma tuttavia per ovviare alla posizione di disparità del privato rispetto all'autorità pubblica si è prodotto il concetto di principio di prova dove è richiesta solo un inizio di dimostrazione della fondatezza della propria pretesa. Si cfr., in tema di mezzi istruttori, Corte cost., sent. n. 146/87.

¹³² Si pensi il riconoscimento al g.a. di avvalersi nel processo della consulenza tecnica d'ufficio, strumento necessario per accertare in modo pieno i fatti.

¹³³ Cons. Stato, sez. IV, sent. n. 924/2011.

ma poi riserva a quest'ultimo l'esclusivo compito di acquisirne gli elementi¹³⁴. Questo punto di equilibrio è poi accentuato dal fatto che nel processo amministrativo i termini di decadenza per la costituzione in giudizio valgono solo per il ricorrente, mentre le parti resistenti (compresa l'amministrazione) possono costituirsi per la presentazione dei relativi documenti anche in prossimità dell'udienza di discussione (art. 73, c. 1, c.p.a.), costringendo il ricorrente, nel qual caso, a dover replicare in brevissimo tempo¹³⁵. A questa situazione di disparità *ab origine*¹³⁶ si è in parte ovviato alla luce dei numerosi interventi legislativi (L. 241 n. del 1990 e L. n. 15 del 2005) che hanno profondamente innovato il procedimento amministrativo, con evidenti riflessi anche sul processo. Basti pensare che gli effetti prodotti dall'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento o dall'adottare il provvedimento espresso entro un termine prefissato, non si limitano a bilanciare il rapporto tra privati e la pubblica amministrazione nell'ambito della vicenda procedimentale, ma si riflettono talvolta anche nello stesso processo amministrativo¹³⁷ (si consideri l'influenza che essi esercitano sul profilo probatorio).

C'è da puntualizzare, però, che il principio del rispetto della parità delle parti processuali e dell'effettività del contraddittorio¹³⁸, non sono espressamente richiamati nelle disposizioni CEDU, le quali si limitano a disporre rispettivamente nell'art. 6, par. 1, «che ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale.....» nell'art. 13 «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano state violate, ha diritto a un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale....». Lo stesso dicasi per la giurisprudenza della Corte dei diritti umani dalla quale sembra difficile ricavarne un principio di carattere generale, giacché le decisioni in tema si riferiscono sempre alle circostanze contingenti del caso producendo effetti nei limiti della cognizione relativa a quella singola controversia. Tuttavia, non mancano decisioni caratterizzate da una maggiore spinta propulsiva dalle quali possono desumersi principi di ordine generale. In tema di effettività del contraddittorio, si segnala la sentenza del 20 febbraio 1996- Vermeulen c./ Belgio, nella quale si è stabilito, soprattutto riguardo il processo amministrativo, alcune inderogabili regole sulla formazione della prova che garantissero a tutte le parti del processo di conoscere e di intervenire dialetticamente su qualsiasi elemento teso al convincimento del giudice. Per quanto riguarda il

¹³⁴ Si rinvia a Feliciano Benvenuti, "Istruzione nel processo amministrativo", *Enc. dir.*, vol. XXIII, Padova, 1953.

¹³⁵ Si v. Margherita Ramajoli, "Giusto processo e giudizio amministrativo", *Dir. proc. amm.*, n. 1/2013, p. 126-127.

¹³⁶ Corte Cost., sent. n. 82/96.

¹³⁷ Elio Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012.

¹³⁸ Feliciano Benvenuti, "voce Contraddittorio" (*dir. amm.*), *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, p. 738.

rispetto della parità tra le parti processuali, la Corte europea di Strasburgo¹³⁹ si è più volte pronunciata sulla inderogabilità di questo principio al fine di garantire un equo processo. Sono sufficienti due esempi: nel caso Ruiz- Mateos c. Spagna del 26 giugno 1993, la Corte EDU ha sancito la violazione del principio in esame nell'ambito di un ricorso avverso un decreto presso il Tribunale costituzionale spagnolo, in quanto alla parte privata non si era consentito di usufruire degli stessi mezzi di difesa riconosciuti alla autorità amministrativa. Nel processo Yvon c. Francia, invece, il giudice di Strasburgo ha affermato la diretta violazione dell'art. 6 CEDU in un giudizio di determinazione di un'indennità, giacché la presenza nel giudizio stesso del Commissario di governo, notevolmente avvantaggiato all'accesso delle informazioni, aveva leso il principio della parità tra le parti nel processo¹⁴⁰.

3.1 L'incidenza sul diritto sostanziale amministrativo

Come anticipato l'ordinamento amministrativo italiano è stato oggetto negli ultimi anni di numerose riforme legislative e costituzionali volte a realizzare un modello di diritto amministrativo paritario, capace, almeno dal punto di vista sostanziale, di garantire un deciso rafforzamento delle posizioni giuridiche soggettive. Per la consacrazione di tale modello, tuttavia, un ruolo decisivo, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, lo hanno recitato le disposizioni della Convenzione e l'attività ermeneutica della Corte EDU, le quali garantiscono «forme di tutela in capo ai cittadini sempre più significative, a graduale discapito e logoramento degli ampi spazi della discrezionalità amministrativa»¹⁴¹.

Alcune considerazioni sulla disciplina della proprietà privata nel nostro ordinamento sono eloquenti per confermare quanto appena detto. È noto che la Costituzione repubblicana, nonostante garantisca al diritto fondamentale della proprietà privata la piena tutela, ne prevede anche limiti al fine di assicurarne la funzione sociale¹⁴². In particolare, l'art. 42 Cost. riconosce all'autorità pubblica il potere di espropriare un bene in proprietà privata per finalità d'interesse pubblico e di occu-

¹³⁹ Corte EDU, sent. 27 giugno 1968, Neumeister c. Austria; sent. 2 ottobre 1993, Dombo Beheer; sent. 31 ottobre 2001, Solakov c. Macedonia.

¹⁴⁰ Jean Françoise Renucci, *Droit européen des droits de L'Homme*, Parigi, 2002. Si v. anche Cons. Stato, sez. VI, sent. 4699/08.

¹⁴¹ In tal senso, Filippo Patroni Griffi, "Tutela nazionale", cit., p. 4.

¹⁴² Si v., tra gli altri, Umberto Pototschnig (a cura di), *L'espropriazione per pubblica utilità*, Vicenza, 1967; Massimo Saverio Giannini, "Basi costituzionali della proprietà", *Politica del diritto*, 1971; Aldo Sandulli, "Profili costituzionali della proprietà privata", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972; Domenico Sorace, "Espropriazione per pubblica utilità e misura dell'indennizzo", Milano, 1974; Livio Paladin, "Gli odierni problemi della proprietà fondiaria nella prospettiva costituzionale", *Studi Giannini*, Milano, 1988.

parlo qualora ricorrano alcuni presupposti stabiliti dalla legge¹⁴³. L'assenza di tali presupposti (si pensi a una dichiarazione di pubblica utilità cui non faccia seguito il decreto di esproprio) provoca in capo alla pubblica amministrazione un astratto conferimento del potere di esproprio o di occupazione, che si concreta in un'occupazione illegittima della proprietà e all'individuazione degli strumenti azionabili dal privato nei confronti dell'autorità amministrativa statale. Tuttavia, la materia, prima ancora che fosse disciplinata dall'art. 43 del d. P. R. n. 327/2001, fu oggetto di una lunga ricostruzione in via giurisprudenziale culminata con due decisioni della Corte di Cassazione¹⁴⁴, peraltro molto criticate dalla dottrina¹⁴⁵, nelle quali si formulò l'occupazione appropriativa¹⁴⁶ che prevedeva, anche in assenza del formale decreto di esproprio, l'acquisto della proprietà del bene da parte della pubblica amministrazione per effetto della trasformazione dello stesso per la realizzazione dell'opera dichiarata ormai pubblica¹⁴⁷. Tale fattispecie¹⁴⁸, che in sostanza ricollegava effetti acquisitivi a una condotta illecita della p.a. e che garantiva al privato solo una tutela risarcitoria (e non restitutoria del bene), è stata fortemente criticata dalla Corte EDU¹⁴⁹, poiché ritenuta in contrasto con il principio di legalità e di tutela della proprietà privata sancito dalla Convenzione europea¹⁵⁰ (art. 1 del prot. n.1 addizionale). Con due successive sentenze¹⁵¹, la Corte di Strasburgo, affermando che l'acquisto di un diritto non poteva fondarsi su un comportamento illegittimo o illecito e che la sottrazione del bene al suo titolare si realizzava solo

¹⁴³ Si cfr. Franco Pugliese, "Occupazione nel diritto amministrativo", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1995, X, p. 261 ss.

¹⁴⁴ Corte Cass., sentt. nn. 1464/1983 e 3940/1988.

¹⁴⁵ Si v., ex multis, Marco Comporti, "Dall'occupazione illegittima di immobili da parte della pubblica amministrazione alla occupazione appropriativa", *Riv. giur., edilizia*, 1985, II, p. 15 ss; Vittorio Angiolini, "Nuova disciplina della c.d. accessione invertita: toccata e fuga dalla tutela costituzionale della proprietà privata", *Studium iuris*, II, 1996, p. 979 ss; di recente, Giuseppe Stellin, Valentina Cingano, "L'occupazione illegittima di un bene ad opera della p.a.: profili giuridici ed estimativi", *Giorn. Di dir. amm.*, n. 11/2012, p. 1129.

¹⁴⁶ Roberto Conti, *L'occupazione acquisitiva. Tutela della proprietà e dei diritti umani*, Milano, 2006.

¹⁴⁷ Dalla occupazione appropriativa va distinta quella di tipo usurpativa caratterizzata dalla mancanza assoluta di un titolo pubblicistico legittimante e anch'essa oggetto di ricostruzione giurisprudenziale (ex plurimis, Corte Cass. sentt. nn. 1814/2000 e 4451/2001). Quest'ultima per il fatto che sottrae la proprietà al privato in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, non comporta l'acquisto della stessa alla p.a. prevedendo a favore del privato, oltre il risarcimento, anche la restituzione del bene.

¹⁴⁸ Si cfr. Corte cost., sent. n. 188/1995 nella quale decisione è salvaguardato l'interesse dell'opera pubblica rispetto a l'interesse del privato al quale non resta che un'adeguata indennizzazione.

¹⁴⁹ La prima significativa sentenza in materia di espropriazione della Corte EDU risale al 1982 con la decisione del 23 settembre 1982 Sporong e Lonnroth c. Svezia.

¹⁵⁰ Corte EDU, 18 dicembre 1996, Loizidou c. Turchia. C'è da considerare tuttavia che la Corte EDU, a differenza del nostro codice, non elabora nessuna nozione di proprietà che sia fondata sul carattere dell'appartenenza. Da ciò deriva che il diritto di proprietà non si qualifica in termini di rapporto tra la persona e il bene.

¹⁵¹ Corte EDU, 30 maggio 2000, Carbonara e Ventura c. Italia; Corte EDU, 30 maggio 2000, Società Belvedere Alberghiera c. Italia;

con il compimento della procedura espropriativa in base alla dichiarazione di pubblica utilità¹⁵², ha profondamente influenzato il legislatore statale, il quale, prima con l'art. 43 del d. P.R. n. 327/2001 (peraltro dichiarato incostituzionale per vizi di forma dalla Consulta) e successivamente con l'art. 42 bis del d.l. 98/2011, ha disciplinato in modo innovativo la fattispecie dell'utilizzazione *sine titulo* di un bene per scopi di interesse pubblico¹⁵³. In sostanza, nel rispetto del principio di legalità e di preminenza del diritto, la nuova normativa prevede che in caso di occupazione illegittima di un bene privato, l'amministrazione procedente è messa di fronte ad una scelta obbligata: emanare un provvedimento legittimo di acquisizione oppure restituire il bene¹⁵⁴, cancellando così dal nostro ordinamento l'occupazione sia appropriativa che usurpativa¹⁵⁵. L'influenza della giurisprudenza di Strasburgo sulla tutela del diritto di proprietà si è manifestata anche per la determinazione dell'indennizzo a favore del privato. Il tema è particolarmente delicato perché l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione nel momento in cui, per esigenze d'interesse pubblico, incide sul diritto di proprietà, non deve spingersi fino al punto di sacrificare eccessivamente il diritto fondamentale del privato. Tale principio è affermato in una importante decisione¹⁵⁶ nella quale la Corte dichiarava la violazione dell'art. 1 par. 1 della Convenzione da parte dello Stato italiano a causa di un procedimento espropriativo in cui l'amministrazione procedente, in assenza di ampie riforme economiche e sociali, riconosceva ai ricorrenti un'indennità nettamente inferiore al valore venale del bene. Sulla scia di quest'orientamento, di cui questa pronuncia costituisce espressione, il Consiglio di Stato¹⁵⁷ ha aderito ai dettami indicati dalla Corte europea dei diritti umani, fornendo un'interessante e nuova lettura dell'art. 43 del T. U. delle espropriazioni, dalla quale si evince che l'indennità di esproprio, pena la violazione di un diritto fondamentale dell'individuo, deve quantificarsi secondo razionalità, equità e diritto¹⁵⁸.

L'incidenza della Convenzione e della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto amministrativo sostanziale non si limita chiaramente al diritto di proprietà. Numerose posizioni giuridiche soggettive rientranti nella cognizione del giudice

¹⁵² Si cfr. Giulia Milo, "Giudici italiani e Corte europea dei diritti dell'uomo di fronte al diritto di proprietà", *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1485 ss.; Fabio Buonomo, *La tutela della proprietà dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2005.

¹⁵³ C'è da sottolineare che l'art. 43 del d.P.R. n. 327/2001 su ipotesi di occupazione *sine titulo* aveva connesso il procedimento ablatorio all'emanazione di un provvedimento sanante che permetteva alla pubblica amministrazione di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto, quando il bene fosse stato modificato per fine di interesse pubblico.

¹⁵⁴ Nel rispetto delle statuizioni europee si v. Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 6351/2011.

¹⁵⁵ Cons. Stato, sentt. nn. 290/2006 e 2582/2007.

¹⁵⁶ Corte EDU, sent. 15 luglio 2004, Scordino c. Italia.

¹⁵⁷ Cons. Stato, Ad. plen., n. 2/2005.

¹⁵⁸ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 347 e 348/2007; in dottrina, Francesco Manganaro, "La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà", *Relazione italo-francese di diritto amministrativo*, 12 ottobre 2007, p.29.

amministrativo sono collegabili a quei diritti fondamentali che la CEDU, pur garantendoli, non nega la possibilità che questi s'intersechino con il potere pubblico. Un esempio è fornito dal diritto all'istruzione che l'art. 2, prot. 1 CEDU riconosce a tutti gli individui e che costituisce per il nostro giudice amministrativo un parametro di riferimento necessario per la tutela del diritto nelle sue decisioni di merito. Emblematica è la sentenza del Consiglio di Stato del 27 febbraio 2007 n. 1734 che, in forza proprio del vincolo internazionale, ha confermato l'obbligo dello Stato italiano di garantire il diritto all'istruzione anche per gli studenti stranieri irregolari frequentanti regolarmente le scuole medie superiori, ma nel frattempo divenuti maggiorenni. In particolare, il Supremo consesso, dichiarando infondato il ricorso del Ministero dell'interno e della Questura di Terni avente ad oggetto la revisione della sentenza di prima cure del T.A.R. Umbria¹⁵⁹, ha ritenuto privo di ogni fondamento normativo il provvedimento che riservava ai soli minorenni il permesso di soggiorno per motivi di studio per l'iscrizione a una scuola media superiore.

Maggiore attenzione denota il giudice amministrativo¹⁶⁰ quando, sempre in tema di tutela del diritto all'istruzione, ha annullato i piani di dimensionamento delle istituzioni scolastiche e di ridefinizione della rete scolastica predisposti negli anni dalle amministrazioni competenti in attuazione dei decreti Miur, perché reputati, con la perdita dei vecchi insegnanti, destabilizzanti per la delicata formazione dello studente. Nel medesimo quadro interpretativo si riconducono quelle decisioni dei giudici amministrativi¹⁶¹ che hanno bocciato, in alcuni casi, il numero programmato per l'accesso degli studenti ai corsi di laurea a numero chiuso, poiché ritenuto lesivo della parità di trattamento (art. 3 CEDU) e del diritto all'istruzione riconosciuto a tutti gli individui (art. 2 Prot. 2, n. 1 CEDU).

Aspetti più complessi presentano quelle situazioni in cui s'incrociano le tutele di più diritti parimenti garantiti dall'ordinamento. In tali circostanze, non sempre le istituzioni nazionali si sono conformate alle direttive dettate dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo, ingenerando così lunghe *querelles* tra i due tipi di ordinamenti. Tanto premesso, un esempio lampante è fornito dal percorso giurisprudenziale della Corte europea dei diritti sul tema della presenza o meno del crocifisso nelle nostre aule scolastiche. Invero, con la sentenza di primo grado del 3 novembre 2009 *Lautsi v. Italia*, la Corte ritenne, in linea con sue precedenti deci-

¹⁵⁹ Il Giudice umbro aveva annullato il diniego di un permesso di soggiorno da parte della Questura di Terni ad una ragazza thailandese. L'autorità competente, in base ad un dichiarato convincimento, riteneva che le disposizioni dell'art. 49 del d.P.R. n. 349/1999 non prevedessero il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di studio per la frequenza delle scuole media superiori a stranieri di età superiori a 18 anni, mentre nulla ostava al rilascio del permesso se l'interessata lo avesse chiesto per l'iscrizione all'università.

¹⁶⁰ Ex plurimis, T.A.R. Sardegna, sent. n. 327/2013; T.A.R. Lazio, sent. n. 3497/2012; Cons. Stato, sez. VI, sent. n. 661/2007.

¹⁶¹ Si v. recentemente, T.A.R. Lazio, sez. III, ord. n. 10765/2012.

sioni¹⁶² e operando un equo bilanciamento fra il diritto dell'istruzione e il diritto di manifestare il proprio credo religioso, che la presenza del crocifisso nelle nostre aule scolastiche fosse da considerarsi un «*signe extérieur fort*» passibile di turbare la garanzia di pluralità dell'educazione di cui all'art. 2, prot. 1 CEDU. Nelle pieghe del giudizio, che si concluse anche con la condanna dell'Italia al pagamento dei danni morali ai ricorrenti, due in particolare furono i rilievi mossi dal giudice europeo: in primis, l'importanza di garantire il principio della libertà d'insegnamento, anche religioso, in quegli alunni in cui lo sviluppo della personalità era in una fase ancora estremamente delicata, in secondo luogo, la convinzione che il crocifisso fosse simbolo idoneo ad esprimere soprattutto valori religiosi e pertanto avvertito da chi apparteneva ad altra religione o da chi si professava ateo quale elemento distintivo della religione cattolica. È noto, invece, il diverso orientamento giurisprudenziale intrapreso dai giudici nazionali, anche costituzionali, sul tema¹⁶³. Sin dai primi pronunciamenti, infatti, si ritenne che il crocifisso esposto non rappresentasse solo un significato religioso, ma costituisse anche espressione dei valori di altruismo, di solidarietà, di rispetto della persona umana perché tale, di libertà delle coscienze¹⁶⁴. Ciò spiega le ragioni che spinsero i giudici amministrativi, oltre a non declinare la propria competenza in materia considerando la situazione giuridica d'interesse legittimo¹⁶⁵, a ribadire la necessità della presenza del crocifisso nelle aule scolastiche perché simbolo che assumeva diversi significati e serviva per intenti diversi secondo il luogo in cui era posto, oltre ad essere espressione di valori perfettamente compatibili con il principio di suprema laicità sancito dalla nostra Carta fondamentale¹⁶⁶. Queste conclusioni alle quali giunse la giurisprudenza amministrativa del tutto opposte alla sentenza Lautsi non lasciarono insensibile il giudice di Strasburgo che inaspettatamente ribaltò la sentenza in prime cure il 18 marzo 2011¹⁶⁷, stabilendo con sentenza definitiva che in realtà non sussistevano elementi che provassero l'eventuale influenza sul libero sviluppo della personalità degli alunni dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche. Nonostante la sentenza Lautsi abbia suscitato recentemente non poche critiche tali da far preannunciare in seno alla Corte perfino una svolta di stampo tradizionalista, si é

¹⁶² Corte EDU, sentt. 7 dicembre 1976, Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen, C. Danimarca; 15 febbraio, 2001, Dahlab c. Svizzera; 29 giugno 2004, Sahin c. Turchia.

¹⁶³ Si cfr. Corte cost. ord., n.389/2004; per un commento si v., ex plurimis, Stefano Ceccanti, "Crocifisso: dopo l'ordinanza n.389 del 2004. I veri problemi nascono ora", <www.forumcostituzionale.it>, 2004. T.A.R. Lazio, sent. n.4558/2002; Trib. civ. Bologna, sez.I, ord. 24 marzo 2005; Trib. civ. Aquila, ord. 26 maggio 2005.

¹⁶⁴ Si v. Sergio Lariccia, "Poco coraggio e molto cautele in una sentenza della Corte di Cassazione sul tema della presenza dei simboli religiosi nelle aule di giustizia", *Giur. cost.*, 2009, n.3, p. 2133 ss.

¹⁶⁵ Sul punto si v. Jean Pasquali Cerioli, "Rassegna di giurisprudenza sull'affissione del crocifisso negli edifici pubblici (2003-2006)", *Il dir. eccl. II*, 2005, p. 63.

¹⁶⁶ T.A.R. Lazio, sent. n. 1110/2005.

¹⁶⁷ In senso critico, Stefano Anitori, "La sentenza della Corte europea sul crocifisso, tra margine di discrezionalità e principio di uguaglianza", <www.forumcostituzionale.it>, 2011, p. 2.

dell'opinione che la soluzione adottata sia rispettosa del dettato costituzionale italiano e ribadisca il naturale ruolo del giudice europeo dei diritti umani che rimane quello di garantire innanzitutto che le situazioni giuridiche soggettive di derivazione comunitaria non trovino ostacoli o difficoltà di natura processuale presso gli organi giudicanti nazionali.

4. Riflessioni conclusive

Le considerazioni di cui sopra ci inducono a sottolineare che nell'ambito di una società complessa ed eterogenea come quella attuale, i diritti fondamentali dell'uomo non possano fare a meno della tutela approntata da parte del giudice amministrativo. Quest'ultimo, alla luce anche di una favorevole riscrittura della legge sul processo amministrativo che, come già accennato, ha introdotto importanti novità quali le tecniche inibitorie¹⁶⁸ e quelle cautelari ante-causam, da tempo ormai si pone in «concorrenza» con il giudice civile nella cognizione dei diritti costituzionalmente protetti¹⁶⁹, grazie anche al superamento di quel modello che riservava al giudice amministrativo soltanto la cognizione dei c.d. diritti minori (ossia quelli sostanzialmente economici). Tuttavia, sarebbe un errore pensare, nell'ambito di una prospettiva di più ampio respiro, che il forte interesse del giudice amministrativo verso i diritti fondamentali derivi solo dai profondi mutamenti che nel frattempo hanno investito il quadro normativo del nostro ordinamento interno. Il fatto che il giudice amministrativo si pronunci su controversie concernenti la violazione di diritti fondamentali in dipendenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico, trova un fedele alleato nella stessa Convenzione europea dei diritti umani, la quale, non ignorando che nelle vicende procedimentali i diritti e le libertà spesso s'intersecano con l'esercizio dei pubblici poteri, pone in una nuova luce la funzione giurisdizionale del giudice amministrativo definita, per tradizione e cultura, avvezza allo svolgimento della delicata funzione di contemperamento tra l'interesse pubblico e le posizioni soggettive dei singoli. Dal canto loro, sia i Tar sia il Consiglio di Stato dimostrano, in numerose decisioni, un'approfondita conoscenza del diritto convenzionale e dell'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo, acquisendo così una consapevolezza (in alcuni casi maggiore di quella dei giudici ordinari e costituzionali) della necessità della complementarietà dei ruoli fra giudici interni e quelli europei al fine di realizzare un sistema integrato di tutele dei diritti umani¹⁷⁰. Prova di quanto affermato sono le numerose sentenze dei

¹⁶⁸ La tutela inibitoria per i diritti fondamentali assume un'importanza estrema in quanto ha come principale obiettivo quello di evitarne la lesione prima ancora che a risarcire nel danno una volta che la vulnerazione si è consumata.

¹⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. n.140/2007.

¹⁷⁰ Corte EDU, sentt. , 9 ottobre 1979, Airey c. Irlanda; 2 maggio, 1997, D. c. Regno Unito; 27 maggio 2008, N. c. Regno Unito.

giudici amministrativi che, nel garantire la tutela di un diritto fondamentale, hanno direttamente recepito le disposizioni della CEDU, disapplicando la normativa interna¹⁷¹. Alla luce delle considerazioni suesposte emerge un dato incontrovertibile: l'evoluzione del sistema delle tutele amministrative non si esaurisce più nella tradizionale dialettica Stato- società civile, ma si dispiega nell'ambito di quel rapporto multipolare nel quale sono attori anche gli organismi sovranazionali. In questo rapporto composito, in cui il riconoscimento dei c.d. «nuovi diritti» è il risultato principalmente dell'attività delle Corti, nazionali ed europee, un ruolo non certo più da comprimario lo ricopre proprio il giudice amministrativo. Ecco perché, in conclusione, affiorano non poche perplessità sulla recente sentenza della Corte di Cassazione¹⁷² che, in verità alla luce di un consolidato orientamento¹⁷³, ha confermato la giurisdizione del giudice ordinario in materia di respingimenti differiti degli stranieri, ribadendo la natura di tali provvedimenti quali atti amministrativi incidenti sui diritti soggettivi¹⁷⁴. Non volendo ritornare sulla questione se sia o meno anacronistico definire, dopo una lunga serie di riforme legislative culminate nell'attuazione del codice processuale amministrativo, il giudice amministrativo quale giudice esclusivamente degli interessi e dell'attività discrezionale, è, tuttavia, ben noto che la delicata disciplina dei respingimenti pone l'Italia in una posizione alquanto isolata rispetto agli altri paesi europei dotati di giurisdizioni amministrative autonome, i quali, in assenza di riparto, attribuiscono proprio alla giurisdizione del giudice amministrativo la cognizione delle controversie sulle espulsioni¹⁷⁵. Nel nostro ordinamento la disciplina dei respingimenti immediati e quelli differiti sono disciplinati dall'articolo 10 commi 1 e 2 del T.U. sull'immigrazione n. 286 del 1998; quest'ultimo, riguardo all'individuazione del giudice davanti al quale lo straniero può invocare la tutela delle proprie situazioni giuridiche soggettive, si limita ad attuare il c.d. criterio della "doppia giurisdizione" mediante il quale al giudice ordinario sono attribuite quelle tipologie di controversie sulla base dell'implicito presupposto che trattasi di posizioni di diritto soggettivo, mentre al giudice amministrativo sono conferite quelle tipologie ricollegabili a posizioni d'interesse legittimo, mancando però di qualificare la natura della giurisdizione attribuita al giudice amministrativo (esclusiva?). La lacunosità del provvedimento e la decisione della Corte costituzionale che ha escluso l'incompatibilità assoluta fra esercizio di un potere autoritativo e titolarità di un diritto soggettivo¹⁷⁶, alimen-

¹⁷¹ T.A.R. Lombardia, sent. n. 91/2008; T.A.R. Lazio, sent. 11924/2010.

¹⁷² Corte Cass., sent., n. 15115/2013.

¹⁷³ Corte Cass., ord. n. 19393/2009.

¹⁷⁴ Si v. Nicoletta Vettori, " Il respingimento dello straniero: Le Sezioni Unite individuano i diritti e il loro giudice", <www.giustamm.it>, n.8/2013, p.1.

¹⁷⁵ Relativamente al caso francese, si v. "Les mutations du contentieux administratif des étrangers", *Défendre la cause des étrangers en justice*, Dalloz, 2009.

¹⁷⁶ Corte cost., sent. n. 204/2004, cit. .

ta, invece, quella tesi che affiderebbe i ricorsi avverso i provvedimenti di diniego del riconoscimento dello status di rifugiato oppure quelli avverso i provvedimenti di espulsione al giudice amministrativo, in ragione del fatto che quest'ultimo nei confronti del potere autoritativo illegittimamente esercitato dispone di poteri e tecniche di tutele molto più efficaci del giudice ordinario (nella fattispecie addirittura onorario)¹⁷⁷. Se è vero che «le difficoltà nella gestione dei flussi migratori non possono giustificare il ricorso da parte degli Stati, a pratiche che sarebbero incompatibili con i loro obblighi derivanti da convenzioni»¹⁷⁸, l'impressione è che la dimensione del problema non vada sterilmente risolta in sede di riparto¹⁷⁹, ma nelle opportune sedi legislative dalle quali deve partire lo slancio definitivo affinché si affermi il principio secondo cui l'effettività di un diritto (in questo caso del cittadino extracomunitario), richiede, anche per esigenze di razionalità del sistema, una concentrazione delle tutele davanti ad un unico giudice. Se poi la garanzia di tali tutele (delle libertà e dei diritti) dovrà scaturire principalmente dal risultato di un'indagine cognitoria che non si limiti allo scrutinio soltanto delle Carte Costituzionali e delle loro relative leggi, ma coinvolga anche le concrete dinamiche dei rapporti tra cittadino e potere, la scelta non può che ricadere sul giudice amministrativo.

¹⁷⁷ Giovanni Tulumello, "Tutela dei diritti fondamentali o fondamentalismo nella tutela dei diritti?", <www.giustamm.it>, n.10/2011.

¹⁷⁸ Corte EDU, sent. 23 febbraio 2012, Hirsi Jamaa e altri c. Italia.

¹⁷⁹ Nello specifico caso diniego del permesso di soggiorno ed espulsione del cittadino extracomunitario sono provvedimenti che pur attenendo a un'unica vicenda sono regolati da due giurisdizioni diverse.

GIUSEPPE CATALDI

APPUNTI SUL DIALOGO TRA CORTI NAZIONALI E CORTI SOPRANAZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Rapporti tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale italiana. – 3. Teoria dei contro-limiti. Ordinamento italiano e sentenze dei tribunali sopranazionali. – 4. Rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e tribunali interni. La soluzione decisa dalla Corte Costituzionale per l'ordinamento italiano. – 5. Rapporto Corte di Strasburgo-Corte di Lussemburgo. – 6. Conclusioni

1. Premessa

Il momento storico attuale vede quanto mai opportuna l'analisi comparata tra due (ma anche tra più di due) ordinamenti statali con riferimento all'operare, nella materia dei diritti fondamentali, delle corti supreme e costituzionali interne e delle corti sopranazionali¹. Le ragioni sono di fin troppo facile comprensione.

Innanzitutto l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea (UE d'ora in poi), e dei suoi tribunali, da tempo ormai impegnati anche nel campo della tutela dei diritti umani. I negoziati in corso per l'adesione dell'UE al sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU d'ora in poi), con il conseguente problema della sistemazione dei rapporti tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo. Le riforme successivamente prodottesi nello stesso sistema CEDU e il nuovo corso della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che, in via "pretoria" si è attribuita poteri sempre più penetranti rispetto agli ordinamenti interni, al fine di reagire al carico eccessivo di ricorsi, sovente ripetitivi. La crisi economica e le minacce del terrorismo transnazionale hanno poi inevitabilmente condotto ad una "stretta" da parte delle autorità di governo e degli stessi Parlamenti nazionali in materia di diritti fondamentali, con conseguenti nuove e più delicate responsabilità delle corti interne nella ricerca del punto di equilibrio tra tutela dell'interesse pubblico e salvaguardia dei diritti individuali. A tutto ciò si aggiungano le riforme costituzionali che hanno in particolare accolto esigenze di devoluzione di poteri dal centro alle regioni, comunità autonome, etc. Di qui l'esigenza di un chiarimento nei rapporti tra i vari "attori" in materia di garanzie dei diritti fondamentali.

¹ Sul confronto tra l'esperienza italiana e quella spagnola in materia sia consentito rinviare a Giuseppe Cataldi e Anna Papa (a cura di), *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna. Il ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Jovene, Napoli, 2005. Più di recente, sul sistema spagnolo, si veda Pablo Pérez Tremps, "La experiencia española de aplicación de las 'cartas' europeas de derechos humanos por el tribunal constitucional", in Massimo Fragola (a cura di), *La Cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*», Jovene, Napoli, 2012, p. 115 ss., volume al quale si rinvia, più in generale, per le questioni oggetto del presente scritto.

2. Rapporti tra Corte di giustizia e Corte Costituzionale italiana

Voglio innanzitutto ricordare che, successivamente alla famosa sentenza *Granital* n. 170 del 1984 che definì i rapporti tra diritto comunitario (oggi: dell'UE) e diritto italiano, la Corte costituzionale ha fatto tesoro della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo per perfezionare e definire ulteriormente i confini della questione.

Essa ha infatti affermato che l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia, nelle sentenze emesse nell'ambito di un rinvio pregiudiziale o di una procedura d'infrazione, vincola il giudice nazionale²; che tutti gli atti vincolanti, incluso le direttive, possono produrre effetti diretti se presentano i requisiti indicati dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo a tale scopo³; che la questione di compatibilità delle norme interne con il diritto dell'UE, sollevata in sede di rinvio pregiudiziale, precede l'eventuale questione di costituzionalità, in quanto riguarda l'applicabilità della norma e dunque incide sulla rilevanza della questione di costituzionalità⁴. Infine, occorre ricordare che la Corte Costituzionale si ritiene competente in via esclusiva per quanto riguarda la verifica della compatibilità con i "contro-limiti" di una norma del diritto dell'Unione europea⁵.

Merita in ultimo di essere messo in risalto che la riforma costituzionale del Titolo V, ed in particolare l'espressa copertura costituzionale attribuita con l'art. 117 nuova formulazione, oltre che ai trattati internazionali, anche agli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE, "non ha affatto eliminato l'ancoraggio del rapporto tra diritto nazionale e diritto dell'UE al "sicuro fondamento" dell'art. 11 della Costituzione"⁶. Come vedremo, è proprio questa la ragione che ha indotto la Corte costituzionale a raffigurare il rapporto tra diritto interno e diritto dell'UE in maniera diversa rispetto a quello tra diritto interno e CEDU (Corte cost., sentenze n. 348 e 349 del 24 ottobre 2007).

Infine, nell'ambito delle nostre, sia pur sintetiche, considerazioni sui rapporti tra giudice dell'UE e giudici italiani, non può non essere menzionato il primo rinvio operato dalla Corte costituzionale alla Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio in via principale: è l'ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008⁷. Al di là di ogni con-

² Corte cost., sentenze n. 113 del 23 aprile 1985, n. 389 dell'11 luglio 1989, n. 168 del 18 aprile 1991.

³ Corte cost. sentenza n. 168 del 18 aprile 1991.

⁴ Corte cost., sentenza 284 del 13 luglio 2007.

⁵ Corte cost., sentenza 284 del 13 luglio 2007, ma già sentenza 170 dell'8 giugno 1984. Con ciò è stato definitivamente chiarito che il giudice comune non è competente a verificare il rispetto dei contro-limiti da parte di una norma dell'UE (in tal senso si era invece pronunciato, erroneamente, il Consiglio di Stato nel caso *Admenta*, Sez. V, 8 agosto 2005, n. 4207).

⁶ Cfr. Giuseppe Tesaro, "Il dialogo tra giudice italiano e corti europee", *Atti del Convegno Nazionale "Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro"*, reperibile al link <http://caspur-ciberpublishing.it/index.php/atti_csdn/article/view/721>

⁷ Relativo ad alcuni aspetti del regime fiscale della Regione Sardegna.

siderazione “tecnica”, che è materia per i costituzionalisti, si sottolinea qui l’utilità di questo strumento per un confronto diretto e immediato sui grandi temi che coinvolgono i diritti e le libertà dell’individuo. A tal proposito, sia consentito ricordare che è allo studio, da parte della Commissione dei “saggi” nominata dal Capo dello Stato, il tema dell’attribuzione ai singoli del diritto di ricorso diretto alla Corte costituzionale, sulla falsariga di quanto avviene in Germania.

Anche questa mi sembra una innovazione da salutare con favore nell’ottica della garanzia dei diritti individuali.

3. Teoria dei contro-limiti. Ordinamento italiano e sentenze dei tribunali sopranazionali

Mi sembra opportuno approfondire la questione dei “contro-limiti”, funzionale ad ogni discorso sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Secondo tale teoria, sia il diritto internazionale consuetudinario (introdotto nell’ordinamento italiano, come è noto, ex art. 10, 1 co., Cost.), sia il diritto dell’Unione europea, normalmente prevalenti sul diritto italiano (talvolta, è il caso della consuetudine, anche su norme di rango costituzionale), non possono, tuttavia, porsi in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. In proposito giova ricordare, in particolare, quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza del 22 marzo 2001, n. 73 (Baraldini):

«L’orientamento di apertura dell’ordinamento italiano nei confronti sia delle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, sia delle norme internazionali convenzionali incontra i limiti necessari a garantirne l’identità e quindi, innanzitutto, i limiti derivanti dalla Costituzione. Ciò vale perfino nei casi in cui la Costituzione stessa offre all’adattamento al diritto internazionale uno specifico fondamento, idoneo a conferire alle norme introdotte nell’ordinamento italiano un particolare valore giuridico. I “principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale” e i “diritti inalienabili della persona” costituiscono infatti limite all’ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l’ordinamento italiano “si conforma” secondo l’art. 10 1° comma, Cost. (sentenza n. 48 del 1979); quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni internazionali aventi gli scopi indicati dall’art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni (sentenze n. 183 del 1973; n. 176 del 1981; n. 170 del 1984; n. 232 del 1989 e n. 168 del 1991)»⁸

La teoria dei contro-limiti è stata di recente richiamata dalla Corte costituzionale anche con riferimento a norme della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo. Quest’ultima, nella sentenza del 31 maggio 2011 resa nel caso *Maggio e*

⁸ Par. 3.1 della sentenza, pubblicata in *Rivista di diritto internazionale* 2001, p. 489 ss., con commento di Maria Luisa Padelletti, “Ancora sul caso Baraldini”, *ivi*, p. 451 ss. In proposito si rinvia anche a Giuseppe Cataldi, “Il “caso Baraldini” tra diritto interno e diritto internazionale: alcune osservazioni”, *Rassegna di diritto pubblico europeo* 2003, p. 219 ss. e autori *ivi* citati.

altri c. Italia, aveva infatti condannato il nostro Paese avendo ritenuto che con l'art. 1 comma 777 (*sic!*) della legge finanziaria 2007 (l. 27 dicembre 2006, n. 296) lo Stato era intervenuto in modo decisivo al fine di garantire che l'esito di un procedimento interno in corso in cui esso era parte gli fosse favorevole⁹. Nonostante questa decisione, la Corte costituzionale, con sentenza n. 264 del 19 novembre 2012, ha diversamente qualificato la fattispecie, dichiarando, in applicazione appunto della cd. "teoria dei contro-limiti", non fondata la questione di costituzionalità, per violazione della CEDU, della norma citata, dal momento che la disposizione censurata si giustificava per l'esigenza di tutelare "principi, diritti e beni di rilievo costituzionale"¹⁰.

Chi scrive ha anche ipotizzato che tale teoria possa applicarsi con riferimento all'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza del 3 febbraio 2012 resa dalla Corte internazionale di giustizia (d'ora in avanti CIG) nel caso delle immunità giurisdizionali dello Stato (*Germania c. Italia*), sentenza che ha visto l'Italia soccombere a causa dell'orientamento dei suoi giudici (in particolare la Cassazione) rivolto ad affermare la propria giurisdizione rispetto alle domande dirette ad ottenere il risarcimento dei danni per i crimini commessi dalla Germania durante la seconda guerra mondiale¹¹. La CIG, nell'accertare la responsabilità dello Stato ita-

⁹ La Corte di Strasburgo parla di «prestidigitazione legislativa» relativamente ai casi in cui l'intervento attraverso gli strumenti legislativi viene a condizionare la decisione giudiziaria, in ciò concretizzando una violazione dell'art. 6.1 della CEDU. Si vedano, tra le altre, le decisioni della Corte di Strasburgo nei casi: *Stran Greek Refineries e Stratis Andreadis c. Grecia*, ricorso n. 13427/87, sentenza del 9 dicembre 1994; *Smokovitis e altri c. Grecia*, ricorso n. 46356, sentenza dell'11 aprile 2002.

¹⁰ Sulla sentenza, pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 616 ss., si veda il commento di Benedetto Conforti, "La Corte costituzionale applica la teoria dei contro-limiti", *ivi*, p. 527 ss.

¹¹ Si veda Giuseppe Cataldi, "L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti fondamentali?", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 137 ss. La sentenza è pubblicata in *Rivista di diritto internazionale* 2012, p. 475 ss. In commento si vedano: Annalisa Ciampi, "The International Court of Justice Between 'Reason of State' and Demands for Justice by Victims of Serious International Crimes", *ivi*, p. 374 ss.; Maria Luisa Padelletti, "L'esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia sulle immunità dalla giurisdizione nel caso *Germania c. Italia*: una strada in salita?", *ivi*, p. 444 ss.; Andrea Bianchi, "Il tempio e i suoi sacerdoti. Considerazioni su retorica e diritto a margine del caso *Germania c. Italia*", *Diritti umani e diritto internazionale* 2012, p. 293 ss.; Riccardo Pisillo Mazzeschi, "Il rapporto fra norme di *ius cogens* e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012", *ivi*, p. 310 ss.; Livia Cosenza, "Immunità dello Stato e *ius cogens* nella sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia", *ivi*, p. 327 ss.; Fabrizio Marongiu Buonaiuti, "La sentenza della Corte internazionale di giustizia relativa al caso *Germania c. Italia*: profili di diritto intertemporale", *ivi*, p. 335 ss.; Francesco Salerno, "Gli effetti della sentenza internazionale nell'ordinamento italiano: il caso *Germania c. Italia*", *ivi*, p. 350 ss.; Beatrice Bonafé, "Il caso delle Immunità giurisdizionali dello Stato: verso un ampliamento della partecipazione del terzo davanti alla Corte internazionale di giustizia", *ivi*, p. 371 ss.; Benedetto Conforti, "The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity", *The Italian Yearbook of International Law* 2011, p. 135 ss.; Riccardo Pavoni, "An American Anomaly? On the ICJ's Selective Reading of United States Practice in Jurisdictional Immunities of the State", *ivi*, p. 143 ss.; Carlos Espósito, "Jus Cogens and Jurisdictional Immunities of

liano per l'attività dei propri giudici, ha escluso che la norma internazionale sull'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri possa incontrare un limite o un'eccezione, come affermato dai giudici italiani, in virtù della necessità di applicazione di una norma di *ius cogens*, e quindi di rango superiore, e cioè la norma relativa alla repressione dei crimini internazionali¹². Non c'è dubbio che, in base al diritto internazionale, l'esecuzione di una decisione della CIG sia obbligatoria per lo Stato cui è diretta. Il consenso dello Stato alla competenza della CIG implica anche il consenso all'esecuzione delle sue decisioni, ai sensi della Carta delle Nazioni Unite e dello Statuto della CIG. Si tratta anche di un obbligo consuetudinario, in applicazione della regola *pacta sunt servanda* e del principio generale di 'buona fede'. Tuttavia a nostro avviso, e nonostante in merito sia stata approvata una legge¹³, c'è spazio per l'applicazione della teoria dei contro-limiti nel caso di specie, ossia in una ipotesi in cui, a fronte di una richiesta di risarcimento del danno causato da crimini odiosi, il rischio è che non ci sia nessun giudice a pronunciarsi. Non il giudice tedesco, che ha rifiutato in passato di pronunciarsi, non il giudice italiano se si consentisse alla norma sull'immunità dalla giurisdizione civile, come interpretata dalla CIG, di operare. La conseguenza sarebbe la violazione dell'art. 24 della Costituzione italiana, norma che esprime un principio, veramente fondamentale, il diritto ad un giudice.

D'altra parte un principio del tutto analogo è stato affermato, in tema di immunità delle Organizzazioni internazionali dalla giurisdizione civile, dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 18 febbraio 1999 nel noto caso *Waite e Kennedy c. Germania*, in cui la Corte ha statuito che l'immunità è da riconoscere, da parte dei tribunali dello Stato nazionale del ricorrente, solo se in seno all'Organizzazione stessa esiste un sistema di soluzione delle controversie di tipo giurisdizionale¹⁴. Anche la giurisprudenza interna di molti Stati si è adeguata a questa linea interpretativa. La stessa Corte di Giustizia

States at the International Court of Justice: 'A Conflict Does Exist'", ivi, p. 161 ss.; Mirko Sossai, "Are Italian Courts Directly Bound to Give Effect to the Jurisdictional Immunities Judgment?", ivi, p. 175 ss.

¹² Si veda in particolare: Corte di Cassazione (sezioni unite civili), *Ferrini c. Repubblica federale di Germania*, sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044, in *Rivista di diritto internazionale* 2004, p. 540 ss., commentata da Alessandra Gianelli, "Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza *Ferrini*", ivi, p. 643 ss.; Massimo Iovane, "The *Ferrini* Judgment of the Italian Supreme Court", *The Italian Yearbook of International Law* 2004, p. 165 ss.; Pasquale De Sena, Francesca De Vittor, "State Immunity and Human Rights", *European Journal of International Law* 2005, p. 89 ss.

¹³ Legge 14 gennaio 2013 n. 5, pubblicata in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 356 s., con commento di Annalisa Ciampi, "L'Italia attua la sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso *Germania c. Italia*", ivi, p. 146 ss. La legge, all'art. 3, secondo comma, prevede infatti la possibilità di impugnare per revocazione le sentenze passate in giudicato, oltre che nelle ipotesi contemplate dal codice di procedura civile, anche nei casi in cui, in una controversia in cui sia parte l'Italia, la CIG abbia «escluso l'assoggettamento di specifiche condotte di altro Stato alla giurisdizione civile».

¹⁴ Per un commento: Pietro Pustorino, "Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: le sentenze della Corte europea nei casi *Waite et Kennedy* e *Beer et Regan*", *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 132 ss.

dell'Unione europea, nel noto caso *Kadi* del 2008, ha fatto applicazione di una teoria molto vicina a quella dei 'contro-limiti', affermando che, malgrado l'obbligatorietà delle decisioni del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite per tutti gli Stati Membri dell'Unione, le misure adottate nella specie contro il terrorismo transnazionale erano da dichiarare ineseguibili nel territorio dell'Unione perché contrarie al principio fondamentale del diritto di ogni individuo al controllo, da parte del giudice, delle decisioni che lo riguardano¹⁵.

4. Rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo e tribunali interni. La soluzione decisa dalla Corte Costituzionale per l'ordinamento italiano

Il dialogo tra giudici interni e Corte di Strasburgo è viceversa un dialogo indiretto, mancando la possibilità di un rinvio pregiudiziale da parte dei primi, a differenza di quanto previsto nell'ordinamento UE.

Il sistema della CEDU versa in un evidente stato di crisi a ragione delle difficoltà dovute alla necessità di applicazione delle sue norme, e della giurisprudenza di Strasburgo, nel territorio di 47 Stati con sistemi giuridici molto diversi tra loro. Per tentare di rimediare in particolare al problema posto dall'arretrato pendente innanzi alla Corte, problema quantitativo che inevitabilmente diventa un problema qualitativo, gli Stati hanno approvato, come è noto, il Protocollo n. 14, il quale, ad avviso di chi scrive (e di buona parte della dottrina che si è espressa sul punto), presenta alcuni aspetti discutibili. Altre riforme tuttavia si annunciano.

La riforma, per rendere meno gravoso e soprattutto più in linea con la Convenzione il lavoro della Corte, avrebbe dovuto essere intrapresa, piuttosto, all'interno di gran parte dei sistemi giuridici domestici, al fine di rendere pienamente applicabile ed applicata la CEDU, con la predisposizione di garanzie che rendano veramente residuale il ricorso a Strasburgo. Il Giudice nazionale è infatti il giudice naturale della CEDU. Il principio di sussidiarietà va considerato tra i principi fondamentali del sistema istituito con la Convenzione di Roma, e ciò ai sensi dell'art. 13 letto alla luce dell'obbligo principale di cui all'art. 1 della Convenzione. A nostro avviso, nessuna riforma potrà mai avere esito favorevole finché il rapporto tra CEDU e ordinamenti interni non risulterà risolto una volta e per sempre e con esiti omogenei in tutti gli Stati Contraenti. La Corte non è "vittima del suo successo", come spesso si legge, ma del fallimento e degli errori degli Stati. Un "mondo idea-

¹⁵ Corte di Giustizia, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, sentenza del 3 settembre 2008, *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1156 ss., con commenti di Enzo Cannizzaro, "Sugli effetti delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia nel ss.) caso *Kadi*", *ivi*, p. 1075 ss.; Pasquale Pirrone, "Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di giustizia relativa ai casi *Kadi* e *Al Barakaat*", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 55 ss.).

le" potrebbe facilmente fare a meno della Corte. Il caso italiano in questo è emblematico. Circa un terzo, infatti, dell'arretrato della Corte è rappresentato dai "casi italiani", il 90% dei quali è relativo ai ricorsi sulla durata ragionevole del processo.

L'intensità degli effetti che si producono in conseguenza dell'introduzione della Convenzione di Roma nell'ordinamento giuridico interno variano a seconda della suscettibilità di diretta applicazione delle sue disposizioni e a seconda del rango che ad esse è riconosciuto nella gerarchia delle fonti del diritto interno, nell'ottica soprattutto delle possibilità di prevalenza rispetto alle norme confliggenti di origine nazionale. In ordine al primo punto, nessuna indicazione espressa è desumibile dalla lettera della Convenzione. D'altra parte, la diretta applicabilità dipende principalmente dal modo di essere della singola norma con riferimento ad un dato ordinamento in un preciso momento storico. Come è stato a giusta ragione osservato¹⁶, infatti, non ha senso affermare che "la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è *self-executing*", poiché le possibilità di diretta applicazione vanno valutate con riferimento specifico ad ogni singola previsione e in rapporto al modo di essere dell'ordinamento interno, in particolare alla "struttura di accoglienza" di quest'ultimo; non è da escludere che norme di per sé incomplete possano essere suscettibili di diretta applicazione, mentre norme dettagliate possano risultare non *self-executing* per una "reazione di rigetto" dell'ordinamento interno¹⁷. Naturalmente, un problema di diretta applicazione può porsi solo laddove l'ordinamento non escluda *a priori* questa possibilità per le norme di diritto internazionale convenzionale, come ad esempio avviene di solito negli ordinamenti di *common law*.

Nell'ordinamento italiano questa possibilità è, in astratto, riconosciuta. Ciò è confermato dalla coesistenza, per l'adattamento ai trattati, del procedimento ordinario con il procedimento speciale mediante rinvio. Al primo dovrebbe ricorrersi da parte del legislatore nei casi in cui il trattato contenga norme soltanto programmatiche o delle quali non sia determinabile il contenuto solo in via interpretativa, norme cioè che, non disciplinando compiutamente tutti i dettagli delle fattispecie regolate, richiedano un'attività di integrazione normativa da parte degli organi statali. L'adattamento mediante ordine di esecuzione dovrebbe invece essere utilizzato nei casi in cui le norme internazionali siano provviste di idoneità astratta alla diretta applicazione, idoneità che naturalmente andrà poi verificata nel caso concreto¹⁸. Quindi, tranne ipotesi nelle quali è lo stesso legislatore a negare il

¹⁶ Cfr. Marc Bossuyt, "The Direct Applicability of International Instruments on Human Rights", *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Bruxelles, 1981, p. 319.

¹⁷ Per più ampi rilievi sull'identificazione dei criteri che consentono di affermare la diretta applicabilità o meno di una norma convenzionale si rinvia a Giuseppe Cataldi, "Rapporti tra norme internazionali e norme interne", *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XII, Giappichelli, Torino, 1997, p. 400 ss.

¹⁸ Significativamente la Corte di cassazione, sentenza del 10 settembre 1993, n. 9459, nel riconoscere valore solo programmatico all'art. 3, par. 3, della Convenzione dell'OIL n. 146 del 1976, ratificata con l.

carattere *self-executing* ad una norma di un trattato avendo adottato il procedimento ordinario, la valutazione della possibilità di diretta applicazione di una norma internazionale di carattere convenzionale è rimessa dall'ordinamento italiano all'interprete nel singolo caso dinanzi a lui dedotto. A questo punto decisiva appare la disponibilità di quest'ultimo ad enucleare, nella massima misura possibile, effetti diretti dalla norma convenzionale. Tuttavia, e non solo nell'ambito del nostro ordinamento, è frequente l'affermazione della impossibilità di diretta applicazione, *in toto*, di una convenzione internazionale senza alcun rapporto con il contenuto delle sue singole norme o con quella che abbiamo definito la struttura dell'ordinamento 'di accoglienza'¹⁹. Si tratta di una conclusione assolutamente ingiustificabile perché non compatibile con il *favor* per le norme internazionali, desumibile nel nostro ordinamento anche dalla mutata formulazione dell'art. 117, comma 1, Cost. conseguente alla riforma del 2001 del Titolo V della Costituzione²⁰, e che denota una chiara volontà di eludere l'applicazione delle norme in questione²¹.

Quanto detto vale a maggior ragione nel caso di norme convenzionali a tutela dei diritti umani. L'Italia ha provveduto ad inserire la Convenzione di Roma nell'ordinamento interno mediante un ordine di esecuzione emanato in forma di legge ordinaria²². In virtù della regola per cui il rango delle norme convenzionali, nella gerarchia delle fonti interne, dipende dal rango delle norme di adattamento, le

del 10 aprile 1981, n. 159, ha affermato che: "di per sé, l'ordine di esecuzione non è sufficiente perché le disposizioni del trattato internazionale possano essere recepite nel loro contenuto normativo nell'ordinamento interno, senza ulteriore attività applicativa, ma occorre, allo scopo, valutare la stessa convenzione internazionale, per verificare, attraverso una lettura sistematica della stessa, se le sue disposizioni, valutate nel loro complesso, siano intrinsecamente fornite della capacità di trovare automaticamente ingresso nell'ordinamento interno ... L'ordine di esecuzione, riferito a norme internazionali *self-executing*, consente a queste ultime di spiegare effetti nell'ordinamento interno, incidendo direttamente sui rapporti giuridici alla cui disciplina il trattato si rivolge. Perché ciò avvenga occorre che le norme internazionali siano formulate in modo tale da riuscire direttamente applicabili ai rapporti giuridici facenti capo a soggetti degli ordinamenti statali, senza necessità di adattamento mediante il procedimento ordinario" (v. *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 807 ss.).

¹⁹ È noto il punto di vista delle corti statunitensi, che tendono a negare *a priori* carattere *self-executing* addirittura a tutta la Carta delle Nazioni Unite. Il *leading case* in materia è considerata la sentenza della *US District Court of Columbia* (1975), nel caso *Diggs v. Dent*, (*International Legal Materials*, 1975, p. 804). Più di recente la Corte Suprema degli Stati Uniti, nella sentenza del 25 marzo 2008 nel caso *Medellin v. Texas* (552 U.S. 2008, *ibidem*, 2008, p. 287 ss.) ha ribadito tale posizione.

²⁰ "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".

²¹ Sul punto si rinvia ai rilievi di Benedetto Conforti, "Cours général de droit international public", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1988-V, p. 40 ss.

²² Legge 4 agosto 1955, n. 848, recante "Autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali", *Gazzetta Ufficiale* n. 221 del 24 settembre 1955.

norme della Convenzione hanno pertanto assunto valore di legge ordinaria²³. La “costituzionalizzazione” del principio del rispetto degli obblighi internazionali”, disposta dall’art. 117, comma 1, Cost., conduce anche a ritenere formalizzato il punto di arrivo della giurisprudenza della Corte di cassazione circa la “particolare forza di resistenza” da riconoscere alle norme convenzionali (e a quelle della CEDU in particolare) rispetto alla legislazione nazionale sopravvenuta²⁴. La Corte costituzionale ha espresso questo concetto in forma diversa e più complessa, qualificando come “norma interposta” (tra Costituzione e legge) la norma convenzionale²⁵.

A noi non pare che l’introduzione dell’art. 117 come novellato nel 2001 imponga un passo indietro sulla via dell’apertura alle norme internazionali (soprattutto a quelle in materia di diritti umani), operato mediante una lettura rigida e formalistica delle sue disposizioni, quale è rappresentata, a nostro avviso, e con il dovuto rispetto, dall’obbligo per il giudice comune, affermato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale in materia, di rimettere in tutti i casi alla medesima Corte la valutazione della conformità alla CEDU delle leggi interne sul presupposto per l’appunto del conflitto con la norma costituzionale²⁶. Tale obbligo, come si evince dagli sviluppi giurisprudenziali più recenti, varrebbe anche nei casi in cui il conflitto con la CEDU riguardi norme di legge antecedenti all’entrata in vigore della Convenzione nell’ordinamento italiano²⁷.

²³ Nelle cd. “sentenze gemelle” il giudice delle leggi afferma che “le norme della CEDU non si collocano, come tali, a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell’atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento” (par. 6.1.1 della sentenza n. 349/2007). V. testi delle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 197 ss., con commenti di Giorgio Gaja, Enzo Cannizzaro, Maria Luisa Padelletti, Andrea Saccucci a p. 136 ss. Sia consentito anche il rinvio a Giuseppe Cataldi, “Convenzione europea dei diritti dell’uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 321 ss.

²⁴ V., in particolare, la nota sentenza della Corte di cassazione (Sezione I penale) del 10 luglio 1993, nel caso *Medrano*, *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 530 ss. Per gli sviluppi successivi si rinvia a Giuseppe Cataldi, *op. ult. cit.*, p. 337 s., note 43 e 44.

²⁵ V. il par. 4.6 della sentenza n. 348/2007, cit. La sentenza n. 249/2007 esprime diversamente il concetto affermando che: “con l’art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati” e, con essi, al parametro costituzionale dell’art. 117.

²⁶ Così le sentenze citate *supra*, alla nota 22.

²⁷ Si veda in proposito la sentenza della Corte costituzionale n. 39 del 27 febbraio 2008 (*Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 536 ss.). Sostiene Giuseppe Tesoro, “Costituzione e norme esterne”, *Il Diritto dell’Unione europea*, 2009, p. 195 ss., p. 226, che con la nuova formulazione dell’art. 117, comma 1, Cost., “il confronto rilevante non è più tra legge materiale e legge di adattamento, il cui pari rango solo consentiva l’abrogazione della prima se anteriore”. Da ciò ne discende che “nel momento in cui si qualifica il contrasto tra legge interna e fonte esterna come questione di costituzionalità, tale questione riguarda anche la legge anteriore”. Tale opinione, particolarmente significativa perché proveniente dal giudice costituzionale relatore della sentenza 249/2007, è sicuramente coerente con la giurisprudenza della Corte in materia, ma non convince, a nostro avviso, perché troppo rigidamente ancorata a criteri formalistici. Non è un caso che, a supporto di essa, venga recuperata la prima, storica, decisione della Corte costituzionale, e cioè la n. 1 del 1956. La sentenza n. 39 del 2008 è invece criticata (con

Come si è detto, il giudice costituzionale motiva la diversità di soluzione rispetto al diritto dell'UE sulla base del carattere sopranazionale posseduto da questa organizzazione (e non, evidentemente, ascrivibile alle caratteristiche della CEDU). Ma sono i due elementi dell'esistenza di un ordinamento sopranazionale e della "diretta applicabilità" delle norme internazionali necessariamente collegati? A nostro avviso la risposta è assolutamente negativa e ciò ponendosi sia dal punto di vista dell'ordinamento italiano (come dimostrato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e dalla possibilità di scelta tra procedimento ordinario e procedimento speciale che il nostro ordinamento offre), che da quello della CEDU.

Ai fini della diretta applicazione occorre una duplice verifica: innanzitutto dell'avvenuta incorporazione, attraverso il rinvio operato dal legislatore, di una norma internazionale astrattamente idonea all'applicazione e, in secondo luogo, come sottolineato dalla Corte di cassazione nelle sentenze alle quali si è fatto riferimento, della possibilità in concreto per la singola norma di disciplinare la fattispecie nel caso dedotto in giudizio. Siamo pertanto convinti che il c.d. controllo di 'convenzionalità' diffuso delle norme di legge non costituisca assolutamente un "aggiramento" del controllo di costituzionalità, come spesso sostenuto, dalla dottrina costituzionalistica soprattutto²⁸, e ci rafforza in questo convincimento proprio la posizione sub-costituzionale nella gerarchia delle fonti del diritto italiano attribuita alla CEDU dalla Corte costituzionale²⁹. D'altra parte l'accusa di aggiramento delle prerogative della Corte costituzionale fu formulata dagli amici costituzionalisti (e non solo) con molta veemenza, e contro la stessa Corte costituzionale, quando quest'ultima nel 1984, con la famosa sentenza n. 170, cambiò radicalmente le sue posizioni in tema di primato e diretta applicabilità del diritto comunitario (relatore La Pergola, che accolse le tesi del prof. Conforti come da sua affermazione). Peraltro oggi quegli stessi critici di ieri si spingono senza problemi ad ardite costruzioni sulla diretta applicabilità del diritto dell'UE.

Nel caso delle norme della CEDU, ne consegue anche l'effetto, da salutare sempre con favore, di moltiplicazione delle possibilità di tutela per chi lamenti una violazione nei suoi confronti dei diritti convenzionalmente previsti, poiché allo scrutinio del giudice ordinario può eventualmente aggiungersi il controllo di costituzionalità, ferma restando la praticabilità, successivamente, del ricorso a Strasburgo.

argomentazioni in parte diverse tra loro) da Roberto Mastroianni, "Anche le leggi precedenti la Convenzione europea dei diritti dell'uomo debbono essere rimosse dalla Corte costituzionale?", *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 456 ss.; Benedetto Conforti, "Atteggiamenti preoccupanti della giurisprudenza italiana sui rapporti fra diritto interno e trattati internazionali, con particolare riferimento alla CEDU", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 581 ss.

²⁸ Si veda, ad esempio, Andrea Guazzarotti, "I giudici comuni e la cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione", *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 25 ss.

²⁹ V. *supra*, alla nota 23, quanto la Corte costituzionale afferma in proposito.

D'altra parte la diretta applicazione delle norme della CEDU è prevista e praticata costantemente in molti ordinamenti stranieri. Anche il Tribunale costituzionale tedesco, nell'ambito quindi di un ordinamento che, come quello italiano, prevede un controllo di costituzionalità accentrato, si è senza indugi pronunciato, in una sentenza del 18 ottobre 2004, nel senso della competenza dei giudici interni a valutare l'applicabilità e la conformità ai principi fondamentali della Legge fondamentale delle norme della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo³⁰. Non diversamente accade in altri Stati³¹.

Come è noto, e a riprova di un certo disagio provocato nei giudici di merito, la giurisprudenza costituzionale alla quale abbiamo fatto riferimento non è nemmeno stata spesso intesa correttamente dai tribunali e dalla stessa Cassazione. Giova ad esempio ricordare Cass. Sez. I Civ. n. 14 del 3.1.2008, in cui si procede alla ... disapplicazione del diritto internazionale in contrasto con la norma interna! Nella sentenza, infatti, la Cassazione nella specie rileva una difformità tra il criterio, previsto nella cd. "legge Pinto", che ai fini dell'indennizzo del danno dispone debba aversi riguardo al periodo eccedente il termine ragionevole di durata del processo, e quanto affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella decisione del 10 novembre 2004 nel caso *Zullo c. Italia*, nella quale viene prospettata la possibilità, per i danni di natura non monetaria (*non-pecuniary damages*), di prendere in considerazione, ai fini della liquidazione dell'indennizzo per la eccessiva durata del

³⁰ In commento a questa sentenza (2 BvR 1481/04, cfr. in particolare i paragrafi 52, 58 e 62) si vedano Matthias Hartwig, "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal* 2005, p. 869 ss.; Saša Beljin, "Bundesverfassungsgericht on the Status of the European Convention on Human Rights and ECHR Decisions in the German Legal Order. Decision of 14 October 2004", *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 553 ss.; Alessandra Di Martino, "L'efficacia delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nel diritto tedesco: il significato del Görgülü-Beschluß per una tutela multilivello dei diritti", *Rivista di Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 911 ss.; Jorg Gerkrath, "L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2006, p. 716 ss. Interessante anche una seconda sentenza, del 25 ottobre 2006 (2 BvR 2115/01; 2 BvR 2132/01; 2 BvR 348/03), che, nella medesima ottica, affronta invece il rapporto dei giudici interni con le decisioni della Corte Internazionale di Giustizia (in proposito, si veda, per un opportuno confronto con la posizione assunta in merito dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Serena Forlati, "Il diritto all'assistenza consolare al vaglio della Corte Suprema degli Stati Uniti e della Corte Costituzionale tedesca", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 403 ss.). In generale sulla "apertura al diritto internazionale" della Costituzione tedesca si veda Albert Bleckmann, "Die Völkerrechtsfreundlichkeit der Deutschen Rechtsordnung", *Die öffentliche Verwaltung* 1979, p. 309 ss.

³¹ Per i riferimenti alla dottrina relativa alla diretta applicazione della CEDU negli Stati europei si rinvia a Giuseppe Cataldi, "Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano. Una storia infinita?", cit., p. 328, note 18, 19 e 20. Sembra importante rilevare, soprattutto perché trattasi di uno Stato che non è Parte Contraente della CEDU, che la Costituzione del Kosovo, entrata in vigore il 15 giugno 2008, prevede, all'art. 22, la diretta applicabilità della CEDU e la prevalenza della sue disposizioni in caso di conflitto con norme, anche di legge, di diritto interno. L'art. 53 aggiunge che i diritti umani e le libertà fondamentali garantite dalla Costituzione saranno interpretati in conformità con le decisioni della Corte di Strasburgo.

procedimento, l'intera durata del procedimento stesso. Di fronte alla richiesta degli interessati di applicazione del criterio prospettato dalla Corte di Strasburgo, la Cassazione ha affermato che il giudice nazionale è "tenuto, nella ipotesi in esame, ad applicare la legge dello Stato, e, quindi, il disposto della l. n. 89 del 2001, art. 2, comma 3, lett. a), non potendo darsi alla giurisprudenza della CEDU, in questione, diretta applicazione nell'ordinamento giuridico italiano con il disapplicare la norma nazionale su indicata (come invece sarebbe possibile per la normativa comunitaria), avendo la Corte costituzionale chiarito, con le citate sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, che la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti". Ma allora, avendo ritenuto la norma interna inconciliabile con le disposizioni della CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo e volendo dare applicazione alla recente giurisprudenza costituzionale, non ritenendo prospettabile la disapplicazione della norma interna, perché la Cassazione non ha sollevato l'incidente di costituzionalità, che è la conclusione cui perviene la Corte costituzionale? Né sono accettabili, al momento, le soluzioni prospettate da alcune recenti sentenze di giudici amministrativi che, sulla scorta dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avevano affermato la possibilità di disapplicazione di norma interna incompatibile con la CEDU e di diretta applicabilità delle disposizioni di quest'ultima alla luce della prospettata adesione dell'UE alla CEDU!³²

La mancata attribuzione di efficacia diretta alle norme della CEDU comporta anche notevoli difficoltà per lo Stato quando è chiamato a difendersi in giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo. Ad esempio, nella sentenza dell'8 gennaio 2004, *Sardinas Albo c. Italia*, la Corte, esaminando un'eccezione di irricevibilità sollevata dal Governo italiano, si è soffermata sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di durata della carcerazione preventiva rilevando che, avendo quest'ultima escluso in molte occasioni la diretta applicabilità dell'art. 5, par. 3, CEDU, non era sicuro che l'alta giurisdizione italiana tenesse conto della diligenza che le autorità domestiche competenti sono tenute ad impiegare nel seguire la procedura prevista a garanzia della persona arrestata o detenuta, mentre la Corte di Strasburgo annette a questa circostanza un'importanza particolare.

Un ultimo rilievo relativo al criterio della "presunzione di conformità", enunciato dalla Corte costituzionale quale criterio che deve orientare i giudici nel comparare norma interna e norma della CEDU. Si tratta di un'impostazione senz'altro da condividere ma con dei rischi. Sostanzialmente il rischio è di far passare per conforme quel che conforme non è ma manifestamente difforme, negando il con-

³² Ci riferiamo in particolare alla decisione del Consiglio di Stato, IV, n. 01220 del 2 marzo 2010 e del TAR Lazio n. 11984 del 25 maggio 2010. In entrambe le decisioni si è richiamato l'art. 6 del TUE così come modificato a Lisbona per ritenere applicabile la CEDU direttamente in quanto parte ormai del diritto dell'UE. La Corte costituzionale, con sentenza n. 80 dell'11 marzo 2011 ha chiarito tuttavia che finché l'UE non aderirà al sistema CEDU non ci si potrà porre in questa prospettiva. Si veda anche la sentenza n. 113 del 7 aprile 2011.

trasto quando invece sussiste. Un esempio può aversi nella sentenza decisa dal Tribunale di Napoli il 14.6.2001, *Sosa c. Prefettura di Napoli*. Scade il termine per la richiesta del permesso di soggiorno di straniero coniugato con immigrato regolare. La richiesta arriva in ritardo e viene emanato, *secundum legem*, un provvedimento di espulsione. Il giudice lo annulla facendo leva sull'art. 8 CEDU al quale attribuisce valore prevalente, nell'equilibrio degli interessi in gioco, rispetto al termine finale stabilito dalla legge. Oggi cosa dovrebbe fare? È possibile qualificare tale scelta come interpretazione conforme? Forse sì ma certamente una scelta di questo tipo, alla luce della giurisprudenza costituzionale si farebbe con meno disinvoltura.

Quanto appena affermato non vuol dire che le autorità domestiche, i giudici in particolare, non possano valutare la conformità, nei singoli casi, delle norme e decisioni da applicare ai principi fondamentali dell'ordinamento interno. A tal proposito, per quanto riguarda l'ordinamento italiano (ma non solo) è innegabile ad esempio la diversa valutazione che la Costituzione attribuisce alla proprietà privata ("funzione sociale" ex art. 42) rispetto a quanto si rileva nell'art. 1 Prot. 1 o nella giurisprudenza della Corte. Nella recente decisione del 20 gennaio 2009 contro l'Italia nel caso *Punta Perotti* la Corte, nella valutazione del giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale e il rispetto del diritto individuale di proprietà, ha sostanzialmente finito con il privilegiare il diritto dei costruttori a godere dei loro beni piuttosto che l'interesse della collettività a mettere in conformità con le disposizioni legislative in materia i terreni interessati dalla lottizzazione abusiva³³. Come affermato dal giudice Conforti nella sua opinione dissidente nel caso *Terrazzi c. Italia* (sentenza del 17 ottobre 2002), la Corte corre talvolta il rischio di tutelare il ... diritto degli affari, piuttosto che i diritti dell'uomo, se non si "cala" nella realtà dei limiti imposti in un ordinamento nazionale alla costruzione di edifici come freno all'abusivismo edilizio ed alla conseguente "cementificazione" di un Paese come l'Italia.

Nemmeno può tacersi inoltre la circostanza che ogni decisione della Corte di Strasburgo è comunque resa con riferimento ad un caso e ad un ordinamento concreto, ed i livelli di democraticità sono molto diversificati da Paese a Paese. Ma qui rientrano in gioco i contro-limiti di cui si è detto in precedenza.

5. Rapporto Corte di Strasburgo-Corte di Lussemburgo

Gli atti dell'Unione europea possono essere oggetto di ricorso soltanto davanti alla Corte di giustizia e non davanti alla Corte di Strasburgo. Ciò è stato chiarito fin dagli anni settanta del secolo scorso, allorché la (oggi non più esistente) Commissione europea dei diritti dell'uomo rigettò per incompetenza *ratione*

³³ In commento alla sentenza si veda Alessandra Di Perna, "Il caso di 'Punta Perotti' di fronte alla Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 436 ss.

personae i ricorsi aventi ad oggetto atti della Comunità europea, in quanto quest'ultima non era parte della CEDU³⁴.

Un'evoluzione sembra essere in corso, viceversa, nella giurisprudenza di Strasburgo nel caso di atti normativi interni che provvedano a dare attuazione ad un atto dell'UE. Anche per questa ipotesi esiste una giurisprudenza della Commissione europea dei diritti dell'uomo³⁵, che può riassumersi nell'affermazione del principio della "protezione equivalente". Se in seguito a verifica del livello di protezione assicurato dall'ordinamento comunitario (oggi dell'UE) c'è la prova che esso non solo riconosce i diritti fondamentali, ma ne assicura anche il controllo, attraverso la Corte di giustizia, in maniera equivalente a quanto dispone il sistema della CEDU, ne consegue che, pur restando gli Stati membri responsabili di tutti gli atti e le omissioni dei loro organi interni che violino la CEDU (e ciò tanto nell'ipotesi in cui la violazione sia la conseguenza dell'applicazione del diritto interno, quanto di obblighi internazionali), è nel sistema dell'UE che va valutata la corrispondenza degli atti normativi dell'UE ai diritti fondamentali dell'individuo. Questa giurisprudenza non è molto lontana dal punto d'arrivo della giurisprudenza costituzionale tedesca e italiana, che come è noto hanno rinunciato ad esercitare il controllo di costituzionalità sulla normativa interna riproduttiva del diritto dell'UE fintantoché (*solange*)³⁶ la tutela assicurata nell'ordinamento sopranazionale sarà compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento dello Stato. La Corte di Strasburgo ha avuto modo di confermare questa prospettiva adottata dalla Commissione nella sentenza *Cantoni c. Francia*³⁷.

Nella ben nota sentenza *Matthews c. Regno Unito*, del 18 febbraio 1999, la Corte di Strasburgo ha invece condannato il Regno Unito per violazione dell'art. 3 del Primo Protocollo addizionale alla CEDU, che sancisce il diritto a libere elezioni, per l'esclusione dei cittadini di Gibilterra dalle elezioni per il Parlamento europeo, esclusione sancita dalla normativa del Regno Unito sulla base però di legislazione primaria comunitaria (allegato I dell'atto del 1976 relativo alle elezioni per il

³⁴ *Confédération française démocratique du travail v. European Communities*, no. 8030/77, Commission decision of 10 July 1978; *Dufay v. European Communities*, no. 13539/88, Commission decision of 19 January 1989. Sulla questione dell'adesione della CEE alla CEDU, prima del Trattato di Lisbona, cfr. Giorgio Gaja, "Case law: Court of Justice opinion 2/94", *Com. Mar. Law Rev.*, 1996, p. 973 ss.; Lucia Serena Rossi, "Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo", *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 839 ss.; Patrick Wachsmann, "L'avis de la Cour de Justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés", *Rev. Trim. dr. Eur.*, 1996, p. 467 ss.; Antonio Bultrini, "La questione dell'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo di fronte alla Corte di giustizia", *Riv. Dir. Int. Priv. Proc.*, 1997, p. 97 ss.

³⁵ Cfr. la decisione della Commissione europea dei diritti umani del 9 febbraio 1990, *M&Co c. Repubblica Federale di Germania*, ricorso n. 13258/87.

³⁶ Sulla giurisprudenza tedesca in materia si rinvia a Juliane Kokott, "German Constitutional Jurisprudence and European Integration", *Eur. Pub. Law*, 1996, p. 237 ss.

³⁷ Sentenza del 15 novembre 1996, *Recueil* 1996-V, p. 1614.

Parlamento europeo). Forse proprio quest'aspetto, e cioè che non si trattava di atti di legislazione comunitaria ma di disposizione di un Trattato internazionale, ha "facilitato" la Corte di Strasburgo nell'attribuirsi tale competenza.

Infine, nella sentenza *Bosphorus c. Irlanda* del 30 giugno 2005, la Corte ha chiarito che anche gli atti interni di attuazione del diritto dell'UE, per i quali non sussista alcun margine di discrezionalità a favore degli Stati, potrebbero essere oggetto di sindacato da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, qualora la protezione dei diritti umani offerta all'interno dell'UE, che si presume essere equivalente, sia manifestamente insufficiente dal punto di vista sostanziale o procedurale, avuto riguardo al caso di specie.

Ma se in quest'ultimo caso la Corte ha negato, nella specie, di ritenere che la "protezione equivalente" facesse difetto, viceversa nella sentenza *Michaud v. France* del 6 Dicembre 2012, la Corte per la prima volta ha invece concluso in senso diverso. Il caso riguardava alcune norme contenute in direttive UE anti-riciclaggio, incorporate nel diritto francese, che comportavano l'obbligo per gli avvocati "to report suspicions"; a detta del ricorrente, ciò era una minaccia al principio di confidenzialità cui si ispira la relazione tra avvocato e cliente. Per il Governo la norma francese era il risultato del fatto che la Francia, essendo un membro dell'UE, aveva l'obbligo di trasporre le direttive nel diritto interno.

La Corte ha in particolare messo in evidenza la differenza tra questo caso e il precedente *Bosphorus*. In quest'ultimo, infatti, la norma dell'UE da applicare era un regolamento, che non concede nessuna discrezionalità agli Stati. Nel caso *Michaud*, viceversa, la norma in contestazione era una direttiva che lascia ampi margini di manovra agli Stati in ordine agli strumenti da adottare al fine di raggiungere il risultato richiesto. In secondo luogo, ed è quello che conta di più, mentre nel caso *Bosphorus* gli organi giurisdizionali interni avevano investito la Corte di Lussemburgo della questione dell'interpretazione dell'atto normativo in contestazione, nel caso più recente, invece, il *Conseil d'Etat* aveva rifiutato di investire gli organi di controllo giurisdizionale dell'UE della questione.

Alla luce di quanto evidenziato, non è escluso che la competenza della Corte di Strasburgo e di quella di Lussemburgo coesistano, con il rischio di decisioni contrastanti³⁸. Basti pensare ad ipotesi di violazioni di diritti umani in caso di provvedimenti di espulsione o di detenzione amministrativa, adottati in applicazione di una normativa nazionale di attuazione della cd. "direttiva rimpatri". Ma a nostro avviso questa situazione non deve destare alcuna preoccupazione particolare, poiché la moltiplicazione di istanze giurisdizionali a disposizione dei singoli, soprattutto in materia di diritti fondamentali, riteniamo sia un dato soltanto positivo. Ciò vale, sempre a nostro avviso, anche tenendo

³⁸ Cfr. sul punto Anna Liguori, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli stranieri in Europa*, Napoli, 2008.

presente la circostanza per cui, dopo la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la sua incorporazione nei Trattati istitutivi avvenuta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la possibilità di interpretazioni contrastanti della stessa norma da parte delle due Corti è addirittura aumentata. Si pensi ad esempio al confronto dell'art. 6 CEDU con l'art. 47 della Carta. Mentre il primo riguarda solo "controversie in materia civile", e "accuse in materia penale", il secondo prevede, invece, il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale in tutti i casi in cui un diritto o una libertà "garantiti dal diritto dell'Unione" siano stati violati³⁹.

Naturalmente il coordinamento tra le due Corti è stato sempre oggetto di attenzione da parte soprattutto delle rispettive presidenze, mediante la prassi di incontri periodici in particolare, e i riferimenti incrociati alla giurisprudenza dell'una e dell'altra Corte non mancano⁴⁰.

Come è noto, sono in corso i negoziati per l'adesione dell'UE alla CEDU. In merito, in coerenza con quanto abbiamo prima affermato, chi scrive nutre molti dubbi sui vantaggi di questa operazione dal punto di vista della tutela dei diritti umani in Europa. D'altra parte l'adesione è ora prevista dall'art. 59, par. 2, della CEDU, introdotto dal Protocollo XIV, ed è resa obbligatoria dall'art. 6 del TUE, come emendato dal Trattato di Lisbona. Un Progetto di Accordo è stato già approvato il 5 aprile 2013⁴¹.

Per le ipotesi di atti normativi oggetto di censura da parte della Corte di Strasburgo e consistenti in attuazione del diritto dell'UE da parte dei suoi Stati Membri, è previsto il cosiddetto meccanismo di "co-respondent", e cioè la possibilità di intervento in giudizio dell'UE⁴². Ma l'aspetto a nostro avviso più interessante e controverso riguarda proprio la presunzione di "protezione equivalente" rispetto all'ordinamento dell'UE e quindi i rapporti tra le due Corti. E' evidente che il mantenimento di questa situazione di privilegio sarà difficilmente sostenibile nel momento in cui l'UE diverrà un nuovo contraente della CEDU alla pari con gli altri Stati. Perché allora non estendere anche alle Corti supreme e costituzionali degli Stati Membri di quest'ultima il medesimo privilegio, contribuendo così anche al decongestionamento del lavoro della Corte di Strasburgo?

Si tratta di una proposta che è già stata autorevolmente formulata⁴³.

³⁹ Cfr. Anna Liguori, cit.

⁴⁰ Cfr. Antonio Bultrini, "I rapporti fra le Corti nella prospettiva della Corte europea dei diritti umani", *Diritti umani e diritto internazionale*, 5 (2011) pp. 120-130.

⁴¹ Cfr. doc. 47+1(2013)008rev2, reperibile all'indirizzo <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf)>

⁴² Cfr. sul punto, Giorgio Gaja, "The "Co-respondent Mechanisms" According to the Draft Agreement for the Accession of the EU to the ECHR", in Vicky Kosta, Nikos Skoutaris and Vassilis Tzevelekos (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, (in corso di pubblicazione).

⁴³ Cfr. Benedetto Conforti, "L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", *Mélanges en hommage à Albert Weitzel, L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, 2013.

6. Conclusioni

Ciascuna Corte, in definitiva, è sovrana ed ha l'ultima parola nell'ambito del suo proprio ordinamento, come dimostra in particolare la dottrina dei contro-limiti. Ciò detto, è evidente che un coordinamento, ed una certa omogeneità nelle decisioni è sempre auspicabile. Riteniamo tuttavia che ciò debba avvenire mediante una razionalizzazione, e non una riduzione pura e semplice, degli strumenti di tutela giudiziaria a disposizione degli individui. Diritto internazionale e diritti nazionali hanno, dal dopoguerra in poi, sempre interagito nel Continente europeo con esiti fruttuosi e felici, se esaminati in una prospettiva di lungo periodo che prescinda dalle difficoltà e contrapposizioni contingenti.

PARTE II

ALCUNI CASI SPECIFICI. TRA BIOETICA E DIRITTI UMANI

RAFFAELLA CRISTIANO

**I RIFLESSI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO
SUGLI ORDINAMENTI NAZIONALI
IN TEMA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA**

SOMMARIO: 1. La fecondazione artificiale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive. – 2. Dubbi di legittimità costituzionale della disciplina italiana sulla PMA. – 3. La posizione della Corte EDU sul divieto di diagnosi genetica preimpianto. – 4. La fecondazione eterologa nelle pronunce del giudice di Strasburgo. – 5. Profili processuali ed effetti di riflesso delle sentenze della Corte EDU sul giudizio di legittimità costituzionale.

1. La fecondazione artificiale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali: notazioni introduttive.

Il tema della procreazione medicalmente assistita (PMA), di particolare attualità, presenta diversi aspetti problematici e costituisce una prospettiva molto interessante dalla quale osservare gli effetti dell'attività giurisprudenziale della Corte di Strasburgo sugli ordinamenti nazionali europei.

Ciò pare confermato dal rilievo che ha assunto il tema della procreazione artificiale in alcune recenti pronunce della Corte di Strasburgo sui profili più delicati della materia, vicende giurisprudenziali che appaiono addirittura emblematiche e paradigmatiche non solo di un intenso dialogo tra le Corti, ma anche delle potenzialità incisive che le pronunce della Corte EDU sembrano produrre di riflesso tanto sulle discipline normative nazionali quanto sulle pronunce dei giudici comuni dei rispettivi ordinamenti interni europei.

Come è noto, la fecondazione artificiale è una tecnica volta a superare i problemi di sterilità e di infertilità della coppia¹. Le discipline normative che regolano tale pratica nei diversi ordinamenti europei² toccano alla radice il problema della tutela di diritti fondamentali, quali il diritto alla vita, alla famiglia, alla propria identità genetica ed affettiva, al rispetto della dignità umana, alla tutela della salute; esse richiedono la soluzione di questioni eticamente sensibili quali la natura e la qualifi-

¹ Pur costituendo entrambe condizioni che ostacolano la procreazione, i concetti di sterilità e di infertilità sono differenti tra loro: per sterilità si intende l'incapacità della coppia a concepire perché affetta da una condizione fisica permanente che non rende possibile la procreazione, mentre l'infertilità consiste nell'impossibilità per la coppia di portare a termine la gravidanza con la nascita di un bambino sano.

² In Italia, come è noto, la materia è regolata dalla legge 19.2.2004, n. 40, recante *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*. Sin dalla sua entrata in vigore essa ha sollevato diversi problemi applicativi e dubbi di legittimità costituzionale, su alcuni dei quali è stata investita e si è pronunciata, anche da ultimo con la sentenza n. 162 del 2014, la Corte costituzionale.

cazione giuridica dell'embrione e l'esigenza della regolamentazione delle capacità invasive della tecnica e della scienza medica sui processi biologici.

Un contributo rilevante all'ampliamento del dibattito sui meccanismi di tutela di tali diritti - oltre le garanzie costituzionali ed i confini nazionali - è stato offerto da alcune pronunce della Corte EDU incentrate su tematiche di bioetica relative all'inizio vita e alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, pronunce che si collocano nel quadro del rafforzamento e dello sviluppo del sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali³.

Non stupisce, dunque, che esse si siano appuntate proprio sui profili più controversi e discussi della pratica della procreazione artificiale, ovvero sulla tecnica della fecondazione eterologa e sulla diagnosi genetica preimpianto, cocorrendo in modo significativo all'approfondimento del dibattito sui limiti di ammissibilità di tali delicate procedure.

2. Dubbi di legittimità costituzionale della disciplina italiana sulla PMA.

Sin da quando la normativa italiana sulla procreazione assistita è entrata in vigore, e man mano che essa ha trovato applicazione, sono emerse problematiche e dubbi di incostituzionalità sollevati dai giudici comuni⁴.

Nel 2009⁵, la Corte costituzionale ha risolto alcuni di tali aspetti controversi, ravvisando l'irragionevolezza della disciplina⁶ nella parte in cui limitava al numero

³ Lorenza Violini, "La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e Case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti", *Federalismi*, <<http://www.federalismi.it>>, 1, 2012, sottolinea che tale sviluppo della tutela dei diritti fondamentali, a livello europeo, si è ampliato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e con l'attribuzione di efficacia giuridica alla Carta di Nizza. I diritti fondamentali sono posti "al cuore dell'azione interna ed estera dell'Unione" sia sul piano delle politiche europee, sia sul piano della tutela giurisprudenziale, in relazione alla quale appare molto rilevante proprio la produzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo. Politiche dell'Unione e decisioni dei tribunali europei concorrono a garantire le diverse forme di tutela dei diritti fondamentali.

⁴ In dottrina, sui problemi di costituzionalità della l. n. 40, v. Michela Manetti, "Profili di illegittimità costituzionale della legge sulla procreazione medicalmente assistita", *Politica del Diritto*, 2004, p. 453 ss.; Fausto Caggia, "Procreazione assistita, realizzazione esistenziale dei soggetti e funzione del diritto (breve riflessioni su alcuni problemi di costituzionalità della L. 19 febbraio 2004, n. 40)", *Giur. It.*, 2004, p. 2093; Chiara Tripodina, "Studio sui possibili profili d'incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", *Diritto pubblico*, 2004, p. 501 ss.

⁵ Corte cost., sent. n. 151 del 2009, *Giurisprudenza costituzionale.*, III, 2009, p. 1656 ss. A commento della decisione, v. Giuseppe Di Genio, "Il primato della scienza sul diritto (ma non su i diritti) nella fecondazione assistita", *Forum di Quaderni costituzionali*, <<http://www.forumcostituzionale.it>>; Stefano Agosta, "Dalla Consulta finalmente una prima risposta alle più vistose contraddizioni della disciplina sulla fecondazione artificiale (a margine di Corte cost., sent. n. 151/2009)", *ivi*; Daniele Chinni, "La procreazione medicalmente assistita tra "detto" e "non detto". Brevi riflessioni sul processo costituzionale alla legge n. 40/2004", in *Consulta OnLine*, <<http://www.giurcost.org>>; Lara Trucco, "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere", *ivi*; Emilio Dolcini, "Embrioni nel numero 'strettamente necessario': il bisturi della Corte costituzionale sulla legge n. 40 del 2004", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, II, p. 950; Michela Manetti, "Procreazione medicalmente assistita: una *political*

massimo di tre gli embrioni producibili per ciclo di stimolazione ovarica e imponeva un'unica e contemporanea procedura di impianto degli embrioni prodotti, in assenza di ogni considerazione delle condizioni soggettive della donna che, di volta in volta, si sottoponeva alla procedura.

Ciò determinava, ad avviso della Corte, per un verso, la necessità di moltiplicare i cicli di fecondazione e l'aumento dei rischi connessi a tale iperstimolazione (con conseguente lesione del diritto alla salute della donna) e, per altro verso, impediva al medico di valutare, nei casi specifici e sulla base di aggiornate conoscenze scientifiche, il numero di embrioni idoneo al fine della procreazione.

Le conclusioni cui è giunta la Consulta nella decisione in esame hanno comportato implicitamente una deroga al principio di divieto di crioconservazione degli embrioni⁷: pur facendosi salvo il principio generale secondo il quale le tecniche di produzione non dovessero creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario⁸ - secondo accertamenti demandati al medico nei casi concreti - il venir meno del limite massimo di tre embrioni producibili, originariamente previsto dal legislatore, ha consentito il ricorso alla tecnica di congelamento degli embrioni soprannumerari, prodotti ma non impiantati in base alla valutazione del medico, fino alla data del trasferimento, da realizzarsi non appena possibile e senza arrecare pregiudizio alla salute della donna.

In tal modo, la Consulta ha accolto un affievolimento della tutela dell'embrione per assicurare concrete aspettative di gravidanza alla coppia, anche se, nelle intenzioni e nelle finalità del legislatore, l'individuazione del limite massimo di embrioni da impiantare in un'unica soluzione era volta proprio ad evitare, sulla base delle attuali conoscenze tecniche, la necessità del congelamento degli embrioni soprannumerari.

Un altro aspetto critico di carattere generale, su cui si è concentrato il dibattito dottrinale, concerne la limitazione, posta dalla legge n. 40 del 2004, dell'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita alle sole coppie sterili o infertili.

L'art. 1 della legge, infatti, enuncia il fine "di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana", aggiungendo, al successivo art. 4, comma 1, che "il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque

question disinnescata", *Giur. cost.*, 2009, p. 1688 ss., e Chiara Tripodina, "La Corte costituzionale, la legge sulla procreazione medicalmente assistita e la «Costituzione che non vale più la pena difendere?»", *ivi*, p. 1696 ss. Cfr., inoltre, Marilisa D'Amico, Irene Pellizzone (a cura di), "I diritti delle coppie infertili. Il limite dei tre embrioni e la sentenza della Corte costituzionale", Milano, 2010.

⁶ Art. 14, comma 2 e 3, in contrasto con gli artt. 2, 3 e 32 Cost.

⁷ Divieto posto in via generale dal legislatore al comma 1 dell'art. 14 della legge.

⁸ Punto 6.1 del *Considerato in diritto*, sent. n. 151 del 2009.

circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico”.

Una limitazione del genere è parsa produrre, da parte del legislatore, un'irragionevole esclusione e disparità di trattamento nei confronti di quelle coppie che si sono viste precludere tale accesso in quanto non si trovavano nella medesima condizione di sterilità o di infertilità, ma che tuttavia, a causa di patologie geneticamente trasmissibili, avrebbero necessitato ugualmente di ricorrere a pratiche di PMA per evitare il rischio di procreare figli affetti da gravi malattie.

Prima del divieto posto dalla legge n. 40, invece, le coppie fertili, ma ad alto rischio di trasmissione di malattie genetiche, ricorrevano in via di prassi alla fecondazione assistita e alla diagnosi preimpianto degli embrioni prodotti *in vitro*, al fine di poter impiantare solo quelli sani.

Le problematiche accennate risultano prossime a quelle inerenti la possibilità stessa di operare una diagnosi genetica preimpianto sull'embrione, possibilità che la legge n. 40 del 2004 oggi consente unicamente per finalità diagnostiche terapeutiche dirette alla tutela della salute e dello sviluppo dell'embrione, impedendo gli interventi sull'embrione aventi come finalità esclusiva l'accertamento di eventuali gravi malattie genetiche da cui lo stesso fosse affetto⁹.

Detta preclusione, peraltro, sembra porsi in contraddizione logica con il disposto del successivo art. 14, comma 5, della legge, secondo il quale chi intenda sottoporsi alla procreazione medicalmente assistita possa essere informato, su richiesta, non solo in merito al numero degli embrioni prodotto, ma anche al loro stato di salute.

Inizialmente le linee guida del 2004¹⁰ ammettevano soltanto indagini di tipo osservativo sullo stato di salute degli embrioni creati *in vitro*; le successive linee del 2008¹¹, invece, hanno consentito indagini non solo alle coppie sterili, ma anche a quelle che si trovavano in condizioni di elevato rischio di infezione per la madre o per il feto, tali da assimilarle ai casi di infertilità e a causa ostativa della procreazione, nelle quali l'uomo fosse portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili, come l'HIV e l'epatite B o C.

La *ratio* del divieto di diagnosi genetica preimpianto era rivolta alla finalità di accordare la prevalenza all'embrione e di garantirne la tutela in ogni caso e a prescindere dalle condizioni di salute del medesimo, evitando il dilemma per i genito-

⁹ La legge contiene un generale divieto di sperimentazione sugli embrioni umani derogabile soltanto nei casi in cui la ricerca clinica e sperimentale sull'embrione sia volta alla tutela della salute o allo sviluppo di quel singolo embrione (art. 13 comma 1 e 2), nonché il divieto assoluto di selezionare gli embrioni a scopo eugenetico (art. 13, comma 3 lett. b).

¹⁰ Decreto del Ministero della Salute n. 15165 del 21 luglio 2004.

¹¹ Decreto del Ministero della Salute n. 31639 dell'11 aprile 2008.

ri o per i medici di trovarsi nella situazione di dover selezionare, conservare o distruggere gli embrioni; essa tuttavia è apparsa incoerente con la possibilità, prevista dall'ordinamento, di ricorrere successivamente alla diagnosi prenatale ed eventualmente all'aborto terapeutico del feto malformato, dstando seri dubbi di incostituzionalità in ordine alla differenziazione incongrua ed irragionevole del grado di tutela del medesimo soggetto, il concepito, in relazione ai diversi stadi del suo sviluppo e all'effetto di comportare alla donna il trauma, invece evitabile, di dover subire successivamente un'interruzione della gravidanza¹².

L'altro profilo di maggiore criticità della disciplina italiana, sul quale la dottrina si è confrontata e maggiormente divisa, concerne la previsione del divieto di fecondazione eterologa, sancito all'art. 4, comma 3, della l. n. 40 del 2004 e oggi, peraltro, dichiarato incostituzionale dalla sentenza n. 162 del 2014 della Corte costituzionale.

Sin dai lavori preparatori della legge, a fondamento del divieto assoluto di ricorso alla donazione di gameti esterni alla coppia si è imposta una prospettiva volta a tutelare l'embrione e "la dignità della procreazione".

Tale divieto si giustificava principalmente per la necessità di scongiurare il pericolo di forme di riproduzione umana non naturale, al di fuori di regole di precauzione e per evitare il ricorso a pratiche eugenetiche derivanti da abusi nella scelta del donatore.

Ulteriore rischio intravisto nelle pratiche di fecondazione eterologa concerneva la possibilità che si generassero molti figli, in violazione al principio di responsabilità per procreazione che impone l'obbligo dei genitori, sancito all'art. 30 Cost., di istruire, educare e mantenere i figli, diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua stessa funzione ed il suo limite¹³.

Infine, sempre a sostegno del divieto di eterologa si ravvisava l'esigenza di dover evitare che potessero prodursi scompensi psichici nel procreato derivanti dalla mancanza di un rapporto biologico con almeno uno dei genitori, nell'ottica di tutelare il diritto del nato a conoscere le proprie origini biologiche, nonché il proprio patrimonio genetico, anche al fine di poter disporre dei dati genetici dei genitori, qualora ciò si rendesse necessario per ragioni di salute¹⁴.

¹² In tal senso, Chiara Tripodina, "Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno", *Costituzionalismo*, <http://www.costituzionalismo.it>, 1, 2010.

¹³ Filippo Vari, "A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa", *Federalismi*, <http://www.federalismi.it>, 2012, p. 72 ss.

¹⁴ Sottolinea tali aspetti a sostegno della legittimità della disciplina italiana, Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità", *Federalismi*, <http://www.federalismi.it>, 9, 2012. Esprimono dubbi sulla fecondazione di tipo eterologo anche Giorgio Oppo, "Procreazione assistita e sorte del nascituro", AA.VV., "Procreazione assistita: problemi e prospettive", Atti del Convegno di studi tenutosi a Roma il 31 gennaio 2005 nella sede dell'Accademia

Nel bilanciamento degli interessi che si contrappongono nella fattispecie della fecondazione eterologa, il legislatore ha ritenuto di non poter riconoscere prevalenza prioritaria al desiderio di una coppia di avere figli rispetto alle preminenti esigenze di tutela del procreato e del terzo donatore¹⁵. La disciplina ha inteso così vietare in modo assoluto ogni forma di fecondazione eterologa, senza operare distinzioni al suo interno, sul presupposto dell'impossibilità di poter trovare un rimedio o una cura ai problemi di sterilità o di infertilità.

Sotto questo profilo, i principali dubbi di costituzionalità si sono concentrati, nella decisione della Corte n. 162 del 2014, sull'eccessiva compressione del diritto a realizzare la genitorialità da parte del legislatore, nonché sulla lesione del diritto alla salute, giacché tale divieto ha precluso l'accesso alla procreazione paradossalmente proprio a quelle coppie colpite dalle forme più gravi di sterilità o infertilità, superabili soltanto attraverso la donazione di gameti esterni alla coppia¹⁶.

In tal modo la disciplina, oltre ad operare un'irragionevole disparità di trattamento tra tali situazioni più critiche e quelle delle coppie che, soffrendo di problemi di fertilità meno gravi, potevano ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo omologo, è persa, al giudice delle leggi, incongrua ed incoerente rispetto alle stesse finalità di procreazione della legge¹⁷.

dei Lincei, Brindisi, 2005, p. 20 ss.; Giovanni Chieffi, "Riflessioni di un biologo sulla l. 40/2004, ivi; Augusto Barbera, "La procreazione medicalmente assistita: profili costituzionali", *ivi*, p. 354 ss.; Luciano Eusebi, "Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana: profili giuridici", *ivi*, p. 158 ss.; Lorenza Violini, "Tra scienza e diritto: riflessioni sulla fecondazione medicalmente assistita", p. 472 ss.; Franco Modugno, "La fecondazione assistita alla luce dei principi della giurisprudenza costituzionale", *ivi*, p. 285 ss. Filippo Vari, "A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa", *cit.*; Marcello M. Fracanzani, "Osservazioni in margine alla procreazione assistita mediante inseminazione eterologa", AA.VV., "La fecondazione eterologa tra Costituzione italiana e Convenzione europea dei diritti dell'uomo", Atti del seminario svoltosi a Roma, il 2 aprile 2012, Torino, 2012, in corso di stampa.

¹⁵ Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte europea C.E.D.U.", *cit.*; Benedetta Liberali, "La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 3, 2012.

¹⁶ Ugo Salanitro, "Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa", *La nuova giur. civ. comm.*, 10, 2012.

¹⁷ Ulteriore aspetto di irragionevolezza si è intravisto nel fatto che la normativa abbia disposto divieti senza sanzioni, limitandosi a prevedere, nell'ipotesi di violazione del divieto di ricorrere a pratiche di fecondazione eterologa da parte della coppia, soltanto l'impossibilità per il coniuge o il convivente, il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti, di esercitare l'azione di disconoscimento della paternità, ovvero, per il donatore di gameti, l'impossibilità di acquisire alcuna relazione giuridica parentale con il nato, o di poter far valere alcun diritto nei suoi confronti (art. 9, commi 1 e 3, della legge n. 40 del 2004). In caso di effettivo ricorso alle tecniche di fecondazione eterologa, l'unico soggetto ad essere sanzionato è il medico curante della coppia, ai sensi dell'articolo 12, primo comma, della legge: "Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro".

3. La posizione della Corte EDU sul divieto di diagnosi genetica preimpianto.

Le problematiche connesse al divieto di diagnosi preimpianto sono state affrontate dalla Corte di Strasburgo nella recente sentenza *Costa, Pavan contro Italia*¹⁸, del 28 agosto 2012.

La II sezione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato l'Italia per la violazione dell'articolo 8 della CEDU, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, proprio in ragione del divieto di analisi genetica preimpianto posto nella disciplina italiana sulla PMA.

I ricorrenti, portatori sani della fibrosi cistica, lamentavano di non poter accedere alla diagnosi genetica preimpianto al fine di selezionare un embrione sano, non affetto da tale patologia. In particolare, evidenziavano una duplice preclusione: innanzitutto l'impossibilità di accedere, come coppia fertile, alle tecniche di PMA (consentite, dalla l. n. 40/2004, alle sole coppie infertili o sterili) e, come effetto di tale preclusione, l'impossibilità di sottoporre l'embrione a diagnosi genetica preimpianto, denunciando una lesione del proprio interesse di generare un figlio non affetto da tale patologia, rientrante nel diritto al rispetto della vita privata e familiare tutelato dall'art. 8 CEDU. Essi inoltre invocavano l'articolo 14 della Convenzione, sostenendo di subire una discriminazione rispetto ad altre categorie di persone (coppie sterili o infertili o in cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili) le quali potevano accedere alla diagnosi preimpianto¹⁹.

La Corte EDU ha ravvisato la mancanza di coerenza del sistema legislativo complessivo italiano in materia: se da un lato, infatti, esso vieta la possibilità di impiantare i soli embrioni sani, non affetti dalla malattia di cui i ricorrenti sono portatori, dall'altro autorizza i ricorrenti ad abortire successivamente un feto affetto da quella stessa patologia²⁰, giacché vieta la diagnosi genetica preimpianto ma ammette quella prenatale. La preclusione alla diagnosi preimpianto determinerebbe, in tal modo, un'ingerenza sproporzionata nel diritto alla vita privata e familiare dei ricorrenti, a fronte del fatto che il sistema legislativo italiano li autorizza, poi, a

¹⁸ Corte Europea Diritti Uomo, sez. II, sent. 28 agosto 2012, ric. n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*, con nota di Alessandra [Verri](#), "Corte EDU e legge 40/2004: contrario all'art. 8 Cedu il divieto, per una coppia fertile portatrice sana di fibrosi cistica, di accedere alla diagnosi pre-impianto degli embrioni (ma il Governo fa ricorso alla Grande Chambre)", www.penalecontemporaneo.it.

¹⁹ Sotto tale profilo la Corte, accogliendo l'eccezione sollevata dal governo italiano, non ha ravvisato una disparità di trattamento, giacché il divieto di diagnosi preimpianto opera per qualsiasi categoria di persone, non risultando trattate in modo diverso, rispetto ai ricorrenti, le coppie di cui l'uomo sia affetto da malattie virali sessualmente trasmissibili. In tal caso, infatti, le tecniche della procreazione assistita sarebbero utilizzate solo al fine di evitare il rischio, derivante dalla procreazione secondo natura, di trasmissione di patologie sessualmente trasmissibili alla madre e al figlio e sarebbe volto a depurare lo sperma dalla componente infettiva, in uno stadio precedente a quello della fecondazione dell'embrione, a differenza della diagnosi preimpianto.

²⁰ Punto 64, ric. n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*.

procedere ad un'interruzione medica di gravidanza qualora il feto dovesse essere colpito dalla patologia di cui sono portatori.

Per tutelare il loro diritto a mettere al mondo un figlio non affetto dalla malattia di cui sono portatori sani, l'unica possibilità offerta ai ricorrenti sarebbe stata quella di iniziare una gravidanza secondo natura e procedere a interruzioni mediche della gravidanza qualora l'esame prenatale avesse rivelato che il feto era malato²¹.

Nello specifico, i ricorrenti avevano già proceduto una volta all'interruzione di gravidanza per tale motivo. Le conseguenze di un tale sistema sul diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti sono parse evidenti al giudice di Strasburgo.

Nel tentativo di superare la contraddittorietà intrinseca del sistema normativo italiano, la decisione in esame, peraltro, ha aperto il rischio ad esiti tali da stravolgere la *ratio* stessa sottesa alla disciplina sulla procreazione medicalmente assistita, conducendo ad ammettere la possibilità di un ricorso a tale pratica al solo ed esclusivo scopo strumentale di accedere ad un esame diagnostico preimpianto da parte di qualsiasi coppia e per le ragioni più varie²².

Tale pericolo è stato intravisto dal governo italiano quando a fine novembre 2012, nel presentare domanda di rinvio per riesame alla *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo, ha espresso la preoccupazione che alcuni passaggi della sentenza europea potessero dar luogo ad eventuali rischi eugenetici connessi a tale pratica ed ha motivato il ricorso con l'esigenza di un chiarimento giurisprudenziale su profili di carattere processuale, riferibili non solo al caso di specie, ma a tutti i casi possibili, proprio in ragione dell'aumento delle ipotesi di confronto tra l'ordinamento italiano e quello del Consiglio d'Europa e del crescente rilievo che va assumendo la CEDU in ambito interno²³.

L'11 febbraio 2013 un collegio di cinque giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo ha rigettato, con provvedimento non motivato, la richiesta di rinvio alla

²¹ Punto 65, ric. n. 54270/10, *Costa e Pavan c. Italia*.

²² Rischio evidenziato da Elena Malfatti, "La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza: quando i "giochi di parole" divengono decisivi", *Rivista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 3, 2012.

²³ Richiesta di riesame alla *Grande Chambre* già ipotizzato da Elena Malfatti, "La Corte di Strasburgo tra coerenze e incoerenze della disciplina in materia di procreazione assistita e interruzione volontaria della gravidanza", cit. e da altri autori, come difficilmente ammissibile a causa dei requisiti limitati posti a fondamento della fase del riesame. Nel sistema delineato dalla Convenzione, infatti, il rinvio alla Grande Camera di un caso già deciso in primo grado è consentito soltanto ove la questione oggetto del ricorso sollevi gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, o comunque ponga un'importante questione di carattere generale, prevedendosi una preliminare valutazione di ammissibilità del ricorso, a norma dell'art. 43 CEDU. In effetti, l'11 febbraio 2013 la *Grande Chambre* ha confermato, rendendo definitiva, la sentenza *Costa e Pavan c. Italia* e ha rigettato il ricorso del governo italiano.

Grande Camera presentata dal governo italiano contro la sentenza resa nel caso *Costa e Pavan c. Italia*²⁴.

Sul piano interno, gli effetti della pronuncia europea si sono riflessi in una recente decisione di metà novembre 2012 del Tribunale di Cagliari²⁵ che ha riconosciuto in un caso concreto - e attraverso una lettura costituzionalmente orientata della legge n. 40 del 2004 - il diritto alla diagnosi preimpianto a favore di una coppia fertile ma affetta da talassemia, con l'imposizione alla struttura sanitaria di praticare la procreazione assistita.

La stessa strada era stata percorsa poco tempo prima da una decisione, piuttosto isolata peraltro, del Tribunale di Salerno²⁶, che aveva riconosciuto in via diretta l'esistenza di un diritto di accesso alla procreazione medicalmente assistita e alla diagnosi preimpianto ad una coppia fertile ma a rischio di trasmissione di patologie genetiche.

In entrambe le decisioni i giudici si sono orientati per la scelta di disattendere in modo esplicito il divieto posto inequivocabilmente dalla legge anziché percorrere la via del ricorso al giudice costituzionale e ad una declaratoria di incostituzionalità della disciplina²⁷.

Sino ad allora, invece, aveva rappresentato una "conquista"²⁸ dei giudici comuni il consolidarsi di un diritto vivente che, attraverso una interpretazione costituzionalmente orientata degli articoli 13 e 14 della legge n. 40 del 2004, aveva ritenuto lecito l'accesso alla diagnostica preimpianto limitato ai soli soggetti ammessi dalla legge, ovvero alle coppie sterili o infertili²⁹.

²⁴ Antonio Vallini, "Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia", www.penalecontemporaneo.it.

²⁵ Ordinanza Trib. Cagliari 9 novembre 2012 n. 5925, con nota di Alessandra Verri, "Il tribunale di Cagliari riconosce per la prima volta il "diritto" di accesso alla diagnosi genetica preimpianto ad una coppia talassemica", www.penalecontemporaneo.it.

²⁶ Tribunale di Salerno n. 12474/09, ordinanza del 13 gennaio 2010. Per un commento in dottrina, Chiara Tripodina, "Sul come scansare la briglia delle leggi. Ovvero, la legge sulla procreazione assistita secondo il giudice di Salerno", cit., Lorenzo D'Avack, "L'ordinanza di Salerno: ambiguità giuridiche e divagazioni etiche", *Diritto, famiglia e persona*, 2010, p. 1737 ss. e Gilda Ferrando, "La riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della legge sulla procreazione assistita", *Fam. dir.*, 2011, p. 519 ss.

²⁷ "Così facendo, il giudice di Salerno, se ha garantito quello che egli riteneva un diritto alla coppia che ricorreva di fronte a lui, ha privato tutte le altre coppie nella medesima condizione della possibilità di vedere affermato quello stesso diritto in via generale e astratta", così Chiara Tripodina, "Sul come scansare la briglia delle leggi", cit.

Antonio Vallini, "Diagnosi preimpianto: respinta la richiesta di rinvio alla Gran Camera CEDU avanzata dal Governo italiano nel caso Costa e Pavan contro Italia", cit., definisce la motivazione della decisione del Tribunale di Salerno "più come una indebita "disapplicazione" di norme di legge ritenute costituzionalmente non compatibili, che non già come una esegesi costituzionalmente orientata".

²⁸ Così Elena Malfatti, "La Corte di Strasburgo", cit.

²⁹ Per un richiamo alle principali pronunce dei giudici comuni in materia, si veda Antonello Ciervo, "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Federalismi*, <http://www.federalismi.it>, 19, 2012, p. 4 ss.

4. La fecondazione eterologa nelle pronunce del giudice di Strasburgo.

Il secondo profilo problematico in materia di procreazione medicalmente assistita sul quale si è espressa la giurisprudenza della Corte EDU concerne la fecondazione eterologa, tecnica che consente alle coppie in cui entrambi o uno dei due partner sia affetto da sterilità assoluta di poter concepire un figlio utilizzando i gameti di un terzo donatore anonimo e che, come è noto, in Italia è vietata in termini assoluti dall'art. 4, comma 3, della legge 40 del 2004³⁰.

Con una prima importante decisione, del 1° aprile 2010, la I sezione della Corte di Strasburgo nella causa *S. H. e altri contro Austria*³¹ ha riscontrato una violazione della Convenzione³² da parte della legge austriaca³³ che regolamentava l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

Tale disciplina, distinguendo le diverse fattispecie di fecondazione eterologa, consentiva soltanto quella *in vivo* utilizzando lo sperma di un terzo donatore, mentre vietava la donazione di ovuli, la fecondazione eterologa *in vitro* e la maternità surrogata.

Le due coppie di ricorrenti, affette da cause diverse di infertilità, lamentavano entrambe che il divieto di eterologa *in vitro* posto dalla legge nonché, nella seconda coppia, il divieto di donazione di ovuli, impedisse loro di avere un figlio.

Il governo austriaco richiamava, nel caso di specie, un ampio margine di apprezzamento a favore dello Stato austriaco e sosteneva la ragionevolezza del divieto di fecondazione *in vitro*, in quanto volto a tutelare sia la dignità, la salute ed il benessere fisico delle donne, che quello dei bambini nati con le tecniche di PMA, evitando una possibile "selezione eugenetica" degli embrioni da impiantare oltre che lo sfruttamento di donne economicamente disagiate, indotte dalla legge a vendere i loro ovuli per vivere.

³⁰ In esso esplicitamente si prevede che "É vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo".

³¹ Corte Europea Diritti Uomo, ricorso n. 57813/00 del 1° aprile 2010. Per un commento alla decisione v. Benedetta Liberali, "La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo", *La nuova giur. civ. comm.*, 1, 2011; Ugo Salanitro, "Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della Corte di Strasburgo", *Fam. e dir.*, 2010, p. 981; Antonello Ciervo, "Il divieto di fecondazione eterologa davanti alla Corte di Strasburgo: un campanello d'allarme per la legge 40?", www.diritti-cedu.unipg.it, 17/05/2010; Emilio Dolcini, "Sulla procreazione medicalmente assistita eterologa: il Tribunale di Firenze e quello di Catania rinviando la questione alla Corte costituzionale", *Dir. fam.*, 1, 2011, p. 40 ss.; Lorenza Violini, "Fecondazione assistita e divieto di discriminazione davanti alla Corte di Strasburgo: un caso discutibile", *Quad. cost.*, 3, 2010, p. 632 ss.

³² Art. 14, letto in combinato disposto con l'art. 8 CEDU.

³³ L. n. 293 del 1° luglio 1992, "Bundesgesetz mit dem Regelungen über die medizinisch Fortpflanzung". Per una ricostruzione della vicenda in esame e della disciplina austriaca, si veda Antonello Ciervo, "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cit., p. 10 ss.

Gli argomenti addotti dal governo austriaco sono stati ritenuti insufficienti dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale la legislazione austriaca, nel consentire la sola fecondazione eterologa *in vivo* con donatore di sperma, e vietando le altre forme di eterologa *in vitro*, ha perseguito uno scopo sproporzionato rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legge e ha determinato un'ingiustificata disparità di trattamento tra coppie diversamente sterili, risultando irragionevolmente discriminatoria nei confronti di tutte quelle coppie che avrebbero potuto avere un figlio soltanto con una fecondazione *in vitro*, utilizzando lo sperma o gli ovuli di terzi donatori.

Tale pronuncia, nell'affrontare il tema del divieto di accesso alle tecniche di tipo eterologo nella legislazione austriaca e della sua compatibilità con la CEDU, ha suscitato grande interesse in Italia³⁴, in ragione del fatto che anche nel nostro ordinamento il legislatore ha previsto il divieto di fecondazione eterologa, peraltro disposto in termini assoluti, senza alcuna eccezione.

Sulla base di tale decisione, infatti, tre giudici remittenti³⁵ hanno sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della legge n. 40 in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, invocando come parametro interposto gli artt. 8 e 14 della CEDU, nell'interpretazione che ne ha offerto la Corte di Strasburgo nella sentenza della I sezione del 1° aprile 2010, *S. H. e altri c. Austria*. Il Tribunale di Catania ha eccepito, in aggiunta al parametro dell'art. 117 Cost., anche il contrasto della disciplina italiana con gli artt. 3 e 31 Cost., denunciando l'irragionevolezza intrinseca e il carattere discriminatorio del divieto di fecondazione eterologa.

Ad avviso dei giudici *a quibus*, l'esito della decisione della Corte di Strasburgo poneva un fondato dubbio di costituzionalità delle disposizioni oggetto del giudizio e la Corte costituzionale avrebbe dovuto accertare l'esistenza di tale contrasto. E' noto, infatti, che nel caso di un contrasto tra una norma interna e una norma convenzionale, i giudici non possano disapplicare la norma interna in contrasto, applicando direttamente la Convenzione *ex art. 6 TUE*, ma debbano invece ricorrere al giudice costituzionale.

Tuttavia, con una seconda decisione del 3 novembre 2011³⁶, la *Grande Chambre* della Corte di Strasburgo ha ribaltato la decisione di primo grado e si è pronuncia-

³⁴ Sul tema, si vedano i contributi di AA.VV., "Il divieto di donazione dei gameti. Fra Corte costituzionale e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", a cura di Marilisa D'Amico - Benedetta Liberali, Milano, 2012.

³⁵ Ordinanze promosse rispettivamente dal Tribunale di Firenze del 6.9.2010, dal Tribunale di Catania del 21.10.2010 e da quello di Milano del 2.2.2011.

³⁶ Corte Europea Diritti Uomo, Grande Camera, 3.11.2011, ricorso n. 57813/00. Per un commento a tale decisione, si veda Antonello Ciervo, "Obblighi positivi dello Stato e tutela della vita umana: analisi di una recente tendenza giurisprudenziale della Grande Chambre della Corte di Strasburgo", www.diritti-cedu.unipg.it, 07/05/2012; Simone Penasa, "Una sentenza "crioconservata": porta (soc)chiusa alla dichiarazione di incompatibilità del divieto della c.d. fecondazione eterologa con l'art. 8 della CE-

ta diversamente sul principio espresso dalla I sezione e richiamato nelle ordinanze dei giudici remittenti.

La pronuncia ha affrontato il profilo degli obblighi positivi statali a tutela della vita umana e, sul presupposto della mancanza di un radicato consenso tra gli Stati membri sull'ammissibilità di tale tecnica, ha riconosciuto un più ampio margine di apprezzamento a favore degli Stati su tali questioni³⁷.

In tal modo, la *Grande Chambre* non ha ritenuto che il legislatore austriaco avesse all'epoca ecceduto il margine di discrezionalità concessogli, anche in considerazione del *time factor*³⁸, ossia del momento storico in cui la disciplina austriaca era stata emanata, alla luce delle conoscenze scientifiche di allora e del livello di sicurezza delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, sufficienti ad escludere una violazione dell'art. 8 della Convenzione.

Allo stesso tempo, però, essa ha rivolto un monito alle autorità austriache, invitandole a rielaborare una disciplina in materia di fecondazione eterologa che si conformasse alle nuove scoperte in campo tecnico e scientifico³⁹.

5. Profili processuali ed effetti di riflesso delle sentenze della Corte EDU sul giudizio di legittimità costituzionale.

Il caso della doppia pronuncia della Corte di Strasburgo in materia di fecondazione eterologa ha posto in rilievo un primo dato di carattere strettamente processuale: trattandosi di pronunce rese in due successivi gradi di un medesimo giudizio e non di due distinti giudizi, l'unica decisione idonea a produrre effetti giuridici e a vincolare i giudici nazionali nell'esatta lettura della Convenzione è risultata la pronuncia definitiva della *Grande Chambre* del 3 novembre 2011, che ha negato la violazione della CEDU da parte della legge austriaca, risolvendo la questione sot-

DU", *DPCE*, n. 1/2012, p. 88 ss.; Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte Europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità", *Federalismi.it*, <http://www.federalismi.it>, 9, 2012; Filippo Vari, "A proposito delle questioni di legittimità costituzionale del divieto di procreazione eterologa", *ibidem*, p. 107 ss.

³⁷ Cfr. Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte Europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti nel contrasto di interpretazione tra due decisioni ed altri profili processuali di costituzionalità", cit., pag. 3: "nel sistema europeo un intervento interpretativo vincolante della Corte europea C.E.D.U. deve essere escluso in mancanza di un principio specifico cogente, fissato positivamente da regole fondamentali: questo si verifica quando manchi una condivisione degli Stati, che, quindi, mantengono una maggiore discrezionalità di apprezzamento. Se manca questo consenso ed un obbligo cogente vi è la possibilità dei singoli Stati di scelte discrezionali e di dissociarsi sugli aspetti applicativi, fermi i principi generali, europei. La discrezionalità acquista un'ampiezza maggiore, quando vi sono esigenze e tradizioni interne contrastanti, tanto più se di carattere fondamentale per il singolo ordinamento interno".

³⁸ Sottolinea questo aspetto della decisione del giudice di Strasburgo, Simone Penasa, "Una sentenza "crioconservata"", cit.

³⁹ Antonello Ciervo, "Obblighi positivi dello Stato, cit.; Id., "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cit., p. 16.

topostale in modo completamente diverso rispetto alla decisione di primo grado della Corte⁴⁰.

In linea di principio, ciò avrebbe dovuto indurre ad escludere, nei giudici *a quibus*, la persistenza di un dubbio di legittimità costituzionale sul divieto di fecondazione eterologa posto dalla l. n. 40 del 2004, essendo venuto meno il parametro di riferimento invocato in via preliminare e prioritaria nelle ordinanze di rimessione.

Lo stesso espresso richiamo alla decisione della Corte EDU nel caso *S. H. e altri c. Austria*, come parametro interposto rispetto all'art. 117 Cost., primo comma, è parso per certi versi singolare, in ragione del fatto che la questione sottoposta alla Corte di Strasburgo verteva su una normativa (quella austriaca) sostanzialmente diversa dalla disciplina italiana sulla fecondazione eterologa, stante la differenziazione che operava al suo interno tra le diverse fattispecie e il divieto che poneva alla sola eterologa *in vitro*⁴¹.

A ciò dovrebbe aggiungersi la considerazione che le questioni di costituzionalità dei giudici remittenti sono state sollevate sulla base di una decisione della Corte EDU di primo grado non ancora definitiva, con una certa "fretta"⁴² e senza attendere l'esito del giudizio di secondo grado davanti alla *Grande Chambre*, nel tentativo di conseguire una declaratoria di incostituzionalità della disciplina italiana da parte del giudice delle leggi.

Pertanto, qualora la Corte costituzionale avesse deciso la questione di legittimità sottoposta dai giudici *a quibus* senza attendere l'esito del giudizio d'appello della Corte EDU, con ogni probabilità avrebbe potuto dichiararla infondata, non apparendo sufficiente la sola sentenza di primo grado *S. H. c. Austria* a fondare una pronuncia di incostituzionalità della normativa italiana⁴³.

Nella diversa ipotesi in cui avesse dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di "eterologa" per violazione interposta dell'art. 117 Cost., accogliendo il contenuto della decisione poi cancellata dalla *Grande Chambre*, si sarebbe potuta configurare non soltanto una violazione dei principi stessi della Convenzione - nella nuova e definitiva interpretazione offertane dalla *Grande Chambre* - ma anche della nostra Costituzione, attraverso la violazione del parametro convenzionale interposto⁴⁴.

⁴⁰ Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte Europea C.E.D.U.: quali effetti vincolanti", cit.

⁴¹ Rileva tale diversità, tra gli altri, Stefano Agosta, "La Consulta nel gioco di specchi riflessi tra Corti sopranazionali e giudici comuni (in tema di protezione giuridica della vita nascente)", *Consulta OnLine*, <http://www.giurcost.org>, 2012, p. 13.

⁴² Così Alessandra Verri, "Corte EDU e legge 40/2004", cit.

⁴³ Antonello Ciervo, "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cit., p. 17.

⁴⁴ In tal senso Riccardo Chieppa, "Fecondazione eterologa e Corte Europea C.E.D.U.", cit., p. 3: "Questo profilo evita anche di eliminare in radice i dubbi che il recepimento della anzidetta pronuncia della Sezione del 2010 incontri l'ostacolo, assolutamente non superabile, di realizzare una situazione limite inderogabile di non conformità ai principi fondamentali della nostra Carta costituzionale".

Come è noto, invece, alla luce delle vicende giurisprudenziali di Strasburgo, la Corte costituzionale italiana ha rinviato gli atti ai giudici remittenti⁴⁵, con l'ordinanza n. 150 del 2012⁴⁶, ritenendo che la nuova pronuncia della *Grande Chambre* rappresentasse un *novum* in grado di incidere “sul significato delle norme convenzionali considerate” e di influire “direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. il Seminario di studi svoltosi nel settembre 2012 presso l'Università degli Studi di Milano su “La restituzione degli atti in materia di procreazione eterologa: quali scenari futuri nell'ambito dei rapporti fra Corte costituzionale, Corte EDU e giudici comuni”.

⁴⁶ Per un commento a tale decisione, cfr. Benedetta Liberali, “La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia”, cit.; Veronica Magrini, “La scelta della restituzione degli atti nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 150/2012”; Irene Pellizzone, “Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale”, tutte in *Rivista AIC*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it>, 3, 2012; Elena Malfatti, “Un nuovo (incerto?) passo nel cammino “convenzionale” della Corte”, *Forum di quaderni costituzionali*, <<http://www.forumcostituzionale.it>>, 2012; Andrea Morrone, “Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale”, *Forum di Quaderni costituzionali*, <http://www.forumcostituzionale.it>, 2012; Roberto Romboli, “Lo strumento della restituzione degli atti e l'ordinanza 150/2012: il mutamento di giurisprudenza della Corte Edu come *ius superveniens* e la sua incidenza per la riproposizione delle questioni di costituzionalità sul divieto di inseminazione eterologa”, *Consulta OnLine*, <<http://www.giurcost.org>>; Antonio Ruggeri, “La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)”, *Consulta OnLine*, <<http://www.giurcost.org>>; Alessandra Verri, “A proposito dell'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale in tema di fecondazione eterologa”, www.penalecontemporaneo.it, 2012; Repetto, “Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù”, <http://www.diritticomparati.it>.

⁴⁷ Così, ord. n. 150 del 2012, cit. Antonio Ruggeri, “La Corte costituzionale, i parametri “conseguenziali” e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)”, cit., p. 1 s., esprime perplessità sull'uso di tale locuzione: “La Corte non chiarisce in cosa propriamente consista il «fatto» nuovo costituito dal mutamento di giurisprudenza: si limita a qualificarlo come «un novum che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta». Poco prima, d'altronde, aveva rammentato quali sono i fattori determinanti la restituzione in parola, individuati in modifiche della norma costituzionale assunta a parametro ovvero della disposizione che integra il parametro stesso o, ancora, in considerevoli modifiche del quadro normativo. Insomma, la sopravveniente pronuncia della Corte EDU comporta pur sempre un'alterazione di «situazione normativa» – come a me piace chiamare l'oggetto del giudizio di costituzionalità – in presenza della quale si giustifica (e, anzi, s'impone) una nuova verifica della rilevanza della questione da parte dei giudici remittenti. La differenza, sottile ma non insignificante, rispetto allo *ius superveniens* in senso proprio sta qui nel mutato indirizzo giurisprudenziale che obbliga a ripercorrere la via dell'interpretazione conforme a CEDU, originariamente battuta senza successo proprio (o anche) in considerazione dell'originario indirizzo interpretativo adottato a Strasburgo e quindi ribaltato dalla decisione della Grande Camera, cui si è sopra fatto cenno”.

Analoghe perplessità sono espresse in Andrea Morrone, “Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale”, cit. e Irene Pellizzone, “Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale”, cit.

Nella motivazione della decisione, la scelta della restituzione degli atti ai giudici *a quibus* rispondeva all'esigenza di non alterare lo schema dell'incidentalità del giudizio costituzionale, secondo il quale spetta anzitutto ai giudici il compito di tentare l'interpretazione conforme del diritto interno alla Convenzione (nel caso di specie, così come interpretata dalla nuova sentenza della Grande Camera), seppur con un margine di apprezzamento e di adeguamento che consenta loro di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi.

La scelta processuale compiuta nell'ordinanza n. 150 del 2012 di restituire gli atti ai giudici *a quibus*, è parsa come un implicito riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della sussistenza di ampi margini di incertezza della questione, tali da richiedere l'esigenza di una nuova valutazione da parte dei giudici di merito, non potendosi considerare la decisione della Grande Camera in senso univoco come una pronuncia di legittimità del divieto di fecondazione eterologa.

Tale restituzione, ai fini di un rinnovato esame dei termini della questione, avrebbe potuto indurre i giudici comuni, in nome di una lettura "convenzionalmente conforme" della legge n. 40 del 2004, a non prospettare più gli ulteriori profili di incostituzionalità della stessa dinanzi alla Corte⁴⁸, con un conseguente affievolimento delle garanzie costituzionali⁴⁹.

⁴⁸ Quali il contrasto con gli artt. 3 e 31 della Costituzione prospettati dal Tribunale di Catania, sui quali il giudice delle leggi pure avrebbe potuto pronunciarsi nel merito, mentre nell'ordinanza ha preferito considerarli pregiudizialmente assorbiti.

Antonello Ciervo, "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cit., p. 23 s., sottolinea come "processualmente una cosa è chiedere l'incostituzionalità di una norma, invocando come parametro di giudizio la giurisprudenza della Corte di Strasburgo che integra l'articolo 117, primo comma Cost., altro invece è utilizzare la giurisprudenza sovranazionale al solo fine di rendere ancora più persuasiva e solida, dal punto di vista argomentativo, una richiesta di incostituzionalità che si fonda su parametri normativi che non sono in alcun modo connessi all'ordinamento sovranazionale medesimo".

⁴⁹ Cfr. Elena Malfatti, "Un nuovo (incerto?) passo nel cammino "convenzionale" della Corte", cit.; Ugo Salanitro, "Il dialogo tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale in materia di fecondazione eterologa", cit., p. 641; Antonio Ruggeri, "La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)", cit.; Andrea Morrone, "Shopping di norme convenzionali? A prima lettura dell'ordinanza n. 150/2012 della Corte costituzionale", cit.; Antonello Ciervo, "Il divieto di accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita", cit., p. 20.

In particolare è parso viziato da illogicità il passaggio della Corte costituzionale in cui la restituzione degli atti "... si impone anche in ordine ai restanti provvedimenti di rimessione, poiché i giudici *a quibus* non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all'art. 117, primo comma, Cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali"(ord. n. 150 del 2012).

Il presupposto del ragionamento della Corte secondo il quale nelle ordinanze di rinvio dei giudici la violazione invocata dell'art. 117, comma 1, Cost. e specificamente la sentenza di primo grado del giudice di Strasburgo, costituisse motivo preliminare rispetto agli altri invocati ovvero questione principale rispetto alle altre subordinate, ha condotto all'esito di configurare in questi casi il giudizio di costituzionalità come un giudizio "pregiudiziale di convenzionalità", tale da comportare un assorbimento pregiudiziale di ogni altro profilo di illegittimità costituzionale, sollevato sulla base di parametri distinti rispetto all'art. 117, comma 1, Cost., precludendo così la possibilità al giudice delle leggi di esprimersi e di prendere posizione sugli ulteriori profili di incostituzionalità della disciplina italiana sulla procreazione medicalmente assistita.

Nella prospettiva più ampia dei rapporti tra Corte di Strasburgo, Corte costituzionale e giudici comuni, attraverso la prassi della restituzione degli atti ai giudici remittenti per un nuovo tentativo di lettura convenzionalmente conforme, potrebbe profilarsi il rischio di relegare il giudizio di costituzionalità della Corte ad un ruolo sempre più marginale.

La diversa natura dei due giudizi ha suscitato analoghi dubbi in dottrina⁵⁰: carattere concreto il giudizio dinanzi alla Corte di Strasburgo, chiamata a valutare in un caso specifico la legittimità o meno del comportamento di uno Stato membro al fine di dare applicazione ai diritti enunciati nella Convenzione; carattere astratto il giudizio di legittimità costituzionale, nel quale la Corte viene chiamata a verificare la conformità in generale della disciplina legislativa ai principi costituzionali.

Da questi diversi caratteri discenderebbe la difficoltà di riconoscere efficacia *erga omnes*, nell'ordinamento italiano, a decisioni quali quelle della Corte EDU che ne sono intrinsecamente prive, in quanto adottate in casi concreti e con effetti *inter partes*, tanto più se con riferimento a normative che risultano diverse da quelle vigenti nel nostro Paese.

Nondimeno, proprio la diversità dei ruoli che la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo sono chiamate a svolgere potrebbe definire una specifica forma di dialogo tra le stesse secondo la quale mentre una pronuncia di condanna del giudice europeo risulterebbe potenzialmente idonea a fondare un giudizio di incostituzionalità della norma in contrasto con il diritto fondamentale, una decisione del giudice di Strasburgo che non riconoscesse la responsabilità dello Stato potrebbe lasciare margini di autonomia più ampi tanto per il giudizio di costituzionalità quanto per la valutazione dei giudici comuni.

Proprio tale ultima ipotesi sembra essersi verificata di recente in ambito di fecondazione eterologa con la sentenza n. 162 del 2014, giacché i giudici di merito⁵¹ hanno formulato una nuova e diversa prospettazione delle questioni precedente-

⁵⁰ Tali dubbi sono espressi da Alessandra Verri, "Corte EDU e legge 40/2004", cit.

⁵¹ Tribunale di Firenze, di Catania e di Milano.

mente sollevate, a sostegno di una perdurante rilevanza e non manifesta infondatezza della questione, senza peraltro invocare più – ad eccezione del solo Tribunale di Milano – la violazione dell'art. 117 Cost., attraverso il parametro intreposto degli articoli 8 e 14 della CEDU; sulla base di tale nuova prospettazione, la Corte costituzionale è giunta ad una nuova valutazione, autonoma rispetto agli esiti della decisione della *Grande Chambre*, con la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa.

ANNA LIGUORI

ALCUNE OSSERVAZIONI SULL'ORDINANZA DELLA
CORTE COSTITUZIONALE DI RESTITUZIONE DEGLI ATTI AI GIUDICI
REMITTENTI IN SEGUITO A SOPRAVVENUTA PRONUNCIA DELLA
CORTE DI STRASBURGO IN MATERIA DI FECONDAZIONE ETEROLOGA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le sentenze della Corte di Strasburgo. – 3. L'ordinanza della Corte Costituzionale e la restituzione degli atti ai giudici remittenti. – 4. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Con l'ordinanza n. 150 del 2012 la Corte costituzionale, invitata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa previsto dalla legislazione italiana, senza decidere nel merito ha restituito gli atti ai giudici remittenti perché procedano ad un nuovo esame della questione alla luce della sopravvenuta sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *S.H. c. Austria*. È la prima volta che la Corte costituzionale restituisce gli atti in seguito ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo¹; trattasi tra l'altro di una decisione non riguardante l'Italia, bensì un altro Stato parte della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi CEDU).

La questione sollevata dinanzi la Corte Costituzionale riguarda uno dei punti più problematici della legge italiana in materia di fecondazione assistita, ossia il divieto di utilizzare gameti esterni alla coppia, nel caso di sterilità assoluta di uno dei partner, previsto dall'art. 4, comma 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita). Trattasi di una legge molto controversa, che è intervenuta in materia introducendo restrizioni e divieti precedentemente sconosciuti nell'ordinamento italiano. Essa è stata considerata sotto diversi aspetti lesiva dei diritti fondamentali, come ha riconosciuto la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 151 del 2009 (riguardante il numero di embrioni da

¹ In passato la Corte aveva restituito gli atti in seguito a sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea: cfr. sul punto Elena Malfatti, "Un nuovo (incerto?) passo nel cammino 'convenzionale' della Corte",

<http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2012/0006_nota_150_2012_malfatti.pdf>(07/13), p. 1, che evidenzia come "Tale novità non parrebbe di poco conto, considerando il diverso significato degli interventi delle due Corti europee, ed i differenti effetti che essi sono capaci di riverberare sull'ordinamento nazionale (anche alla stregua degli stessi insegnamenti della Corte costituzionale)."

produrre e impiantare)², e come di recente ha affermato anche la Corte di Strasburgo, nella sentenza *Costa Pavan c. Italia*, del 28 agosto 2012 (sul divieto di diagnosi preimpianto)³.

Per quanto riguarda più specificamente il divieto di fecondazione eterologa, occorre ricordare preliminarmente che, prima del 2004, il ricorso a tale tecnica era ammesso⁴. La legge n. 40 del 2004 ha invece introdotto, all'art. 4, un divieto assoluto in materia, disciplinando al tempo stesso alcuni effetti conseguenti ad un'eventuale violazione. L'art. 9 prevede infatti che il coniuge o il convivente, il cui consenso sia ricavabile da atti concludenti, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. È inoltre escluso che il donatore mantenga una relazione giuridica parentale con il nato. Il legislatore è anche intervenuto su di un altro punto molto importante, che poteva comportare seri rischi di sfruttamento e abuso, vietando la commercializzazione di gameti (art. 12 par. 6).

Successivamente ad una pronuncia di condanna della prima sezione della Corte europea (*S.H. e al. c. Austria*, del 1 aprile 2010), adottata in relazione ad una normativa analoga a quella italiana, i Tribunali di Firenze, Catania e Milano, in sede di reclamo, con tre distinte ordinanze hanno sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli articoli 117, primo comma (che prevede il rispetto degli obblighi internazionali) e 3 (che sancisce il principio di eguaglianza) della Costituzione, con riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU, che riguardano rispettivamente la vita privata e familiare e il principio di non discriminazione. Il secondo e terzo giudice hanno richiamato altresì gli articoli 2 (che sancisce il rispetto dei diritti

² Su tale sentenza cfr., tra i numerosi interventi, Lara Trucco, "Procreazione assistita: la Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere", *Giurisprudenza italiana*, n. 2, 2010, p. 281 ss.

³ Su tale sentenza cfr. Adriana Di Stefano, "Bio-ethics under Human Rights Scrutiny: Toward a Right to Pre-implantation Genetic Testing under the ECHR?", in <<http://strasbourgobservers.com/2012/09/20/bio-ethics-under-human-rights-scrutiny-toward-a-right-to-pre-implantation-genetic-testing-under-the-echr/>>; Ludovica Poli, "La diagnosi genetica pre-impianto al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo", *Rivista di Diritto internazionale*, n. 1/2013, p. 119 ss.; Ilja Richard Pavone, "Medically Assisted Procreation and International Human Rights Law", in *Italian Yearbook of International Law*, Volume XXIII, 2013.

⁴ Gli unici riferimenti normativi in materia erano contenuti in alcune circolari ministeriali: circolare del Ministro della Sanità Degan, del 10 ottobre 1985, recante "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del Servizio sanitario nazionale"; circolare del Ministro De Lorenzo, del 10 aprile 1992, n. 17, recante "Misure di prevenzione della trasmissione dell' HIV e di altri agenti patogeni nella donazione di liquido seminale impiegato per fecondazione assistita umana e nella donazione d'organo, di tessuto e di midollo osseo". Cfr. inoltre l'Ordinanza del 5 marzo 1997, recante "Divieto di commercializzazione e di pubblicità di gameti ed embrioni umani", che vietava la pubblicizzazione della cessione di gameti e ogni remunerazione diretta o indiretta. Non era disciplinata invece la questione relativa al disconoscimento di paternità del figlio nato a seguito dell'applicazione di tale tecnica. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione, l'aveva dichiarata inammissibile: cfr. la sentenza della Corte Costituzionale n. 347/1998, sulla quale cfr. Mario Rosario Morelli, "Ancora una nuova tipologia di decisione costituzionale: la 'interpretativa di inammissibilità' (A proposito della sentenza n. 347 del 1998, sulla azione di disconoscimento di figlio nato mediante inseminazione eterologa)", *Giustizia civile*, 1998, X, p. 2409.

fondamentali), 29 e 31 (che tutelano i diritti della famiglia), nonché 32 (che tutela la salute) della Costituzione.

In seguito, però, la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a pronunciarsi su rinvio del governo austriaco, ha ribaltato il verdetto della Camera con sentenza del 3 novembre 2011; in conseguenza di ciò, la Corte Costituzionale, con la decisione summenzionata, ha ordinato la restituzione degli atti ai giudici remittenti: a detta del giudice delle leggi, infatti, la diversa pronuncia della Grande Camera "incide sul significato delle norme convenzionali considerate dai giudici *a quibus* e costituisce un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta".

Nel presente contributo, dopo una breve analisi delle sentenze della Corte di Strasburgo, verrà analizzata criticamente la decisione della Corte Costituzionale di restituire gli atti ai giudici rimettenti. Come osservato in dottrina⁵, infatti, con tale "tattica pilatesca" il giudice delle leggi ha inteso soprattutto "guadagnare tempo". L'analisi del merito di una questione sicuramente delicata non potrà tuttavia essere ulteriormente procrastinato, avendo tutti e tre collegi rimettenti risollevato questione di legittimità costituzionale⁶.

Infine, alcune riflessioni conclusive saranno dedicate all'apporto dell'ordinanza della Corte Costituzionale ad una questione molto dibattuta in dottrina, e cioè quali siano gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo nei confronti di uno Stato contraente diverso dallo Stato che è parte nella controversia.

2. Le sentenze della Corte di Strasburgo.

Tutte e tre le ordinanze dei Tribunali rimettenti, all'origine dell'ordinanza della Corte Costituzionale in esame, avevano richiamato la sentenza del 1 aprile 2010 della Prima Sezione della Corte europea (*S.H. e al. c. Austria*).

La normativa alla base del caso S.H. è in realtà parzialmente diversa da quella italiana. Mentre quest'ultima prevede un divieto assoluto di fecondazione eterologa, la normativa austriaca, oggetto della sentenza, vieta in ogni caso la donazione di ovociti ma ammette la fecondazione *in vivo* con seme di donatore (risultando così vietata la fecondazione *in vitro* con gameti maschili donati).

⁵ Antonio Ruggeri, "La Corte costituzionale, i parametri "conseguenziali" e la tecnica dell'assorbimento dei vizi rovesciata (a margine di Corte cost. n. 150 del 2012 e dell'anomala restituzione degli atti da essa operata con riguardo alle questioni di costituzionalità relative alla legge sulla procreazione medicalmente assistita)", <http://www.giurcost.org/studi/Ruggeri16.pdf> (09/13).

⁶ Cfr. note n. 23-24-25. Si segnala che nelle more della pubblicazione del presente contributo la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto assoluto di fecondazione eterologa previsto dalla legge italiana: cfr. sentenza n. 162/2014, depositata in cancelleria il 10 giugno 2014 (reperibile all'indirizzo <http://www.giurcost.org/decisioni/2014/0162s-14.html>).

I ricorrenti, desiderosi di poter accedere alla fecondazione eterologa (l'unica in grado di consentire loro di avere un figlio), dopo aver adito le vie di ricorso interne senza successo, si erano rivolti alla Corte europea dei diritti dell'uomo affermando che il divieto di tecniche eterologhe di procreazione artificiale per la fecondazione *in vitro* violava l'articolo 14 in combinato disposto con l'articolo 8.

La Corte ha innanzitutto affermato che "il diritto di una coppia di concepire un bambino e di ricorrere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per tale scopo rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 8, in quanto tale scelta è chiaramente un'espressione della vita privata e familiare"⁷. Ritenuto anche l'art. 14 applicabile al caso di specie (come è noto, tale articolo può essere richiamato solo in combinato disposto con altre norme della CEDU), è passata ad esaminare se nel caso di specie l'art. 14 fosse stato rispettato. I ricorrenti, infatti, affermavano di essere in una situazione simile a quella delle altre coppie che desiderano accedere a tecniche di procreazione medicalmente assistita ma che, per le loro condizioni di salute, non hanno bisogno di una donazione di ovuli o di sperma.

La Prima Sezione della Corte, dopo aver ricordato che, agli effetti dell'articolo 14, una differenza di trattamento è discriminatoria se non ha una giustificazione oggettiva e ragionevole, cioè se non persegue uno "scopo legittimo" o se non c'è una "ragionevole proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo che si intende realizzare", ha concluso, in ambedue i casi (con riferimento sia al divieto di fecondazione con ovociti donati, sia a quello inerente il divieto di fecondazione *in vitro* con seme di donatore), per la violazione dell'art. 8 in combinato disposto con l'art. 14, ritenendo la normativa austriaca incoerente e l'ingerenza nel diritto dei ricorrenti sproporzionata. In proposito è opportuno evidenziare che, secondo la Prima

⁷ La Corte ha ricordato in proposito che il concetto di «vita privata» è molto ampio (come è stato osservato, per mezzo di essa sono stati ricompresi nell'ambito della tutela della CEDU molti diritti di seconda e terza generazione: cfr. Laura Tomasi e Cesare Pitea, "Art. 8", in *Commentario breve alla Convenzione europea*, S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebeky (a cura di), Cedam, Padova, 2012, p. 299) e comprende, tra l'altro, il diritto dell'individuo ad allacciare e sviluppare rapporti con i simili (*Niemietz c. Germania*, 16 dicembre 1992, § 29), il diritto allo «sviluppo personale» (*Bensaid c. Regno Unito*, n. 44599/98, § 47), il diritto all'autodeterminazione (*Pretty c. Regno Unito*, n. 2346/02, § 61). Anche fattori quali l'identificazione, l'orientamento e la vita sessuale rientrano nella sfera personale tutelata dall'articolo 8 (si vedano, ad esempio, *Dudgeon c. Regno Unito*, 22 ottobre 1981, § 41, e *Laskey, Jaggard e Brown c. Regno Unito*, 19 febbraio 1997, § 36), così come il diritto al rispetto della decisione di diventare o di non diventare genitore (*Evans c. Regno Unito*, del 10 aprile 2007, § 71; *A. B. e C. c. Irlanda* [GC], del 16 dicembre 2010, § 212, e *R.R. c. Polonia*, del 26 maggio 2011, § 181). Già precedentemente la Corte ha ritenuto applicabile tale articolo in materia di accesso alle tecniche di procreazione artificiale (*Dickson c. Regno Unito* [GC], del 4 dicembre 2012, sul diritto di un carcerato di accedere alla PMA). Successivamente al caso *S.H.*, vi è stata poi la sentenza *Costa e Pavan c. Italia*, già richiamata. Da ricordare anche la decisione del 22 aprile 1997, *X. Y. Z c. Regno Unito*: in essa la Corte, pur riconoscendo per la prima volta una vita familiare in una relazione *more uxorio* tra un transessuale donna-uomo, la sua compagna e la figlia avuta da questa, tramite inseminazione artificiale con seme di donatore, non ha tuttavia ritenuto sussistente una violazione dell'art. 8 (né da solo né in combinato disposto con l'art. 14), come conseguenza del rifiuto delle autorità britanniche di registrare il ricorrente come padre della bambina.

Sezione, “una volta che è stato deciso di consentire la procreazione artificiale, e nonostante l'ampio margine di apprezzamento concesso agli Stati contraenti, la normativa concepita per tale materia deve essere formata in modo coerente, così da permettere ai diversi interessi coinvolti di essere presi in considerazione adeguatamente ed in conformità con gli obblighi discendenti dalla Convenzione”⁸.

Chiamata a pronunciarsi su rinvio del governo austriaco (sostenuto da Germania e Italia, terzi intervenienti), la Grande Camera ha ribaltato il verdetto della Prima Sezione. Nell'esaminare l'ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati, ha infatti considerato di dover dare grande rilievo alla circostanza che il caso sollevato toccasse “sensitive moral and ethical issues”, e alla mancanza di un *consensus* in materia⁹, all'epoca in cui è stata adottata la decisione interna definitiva di non accoglimento delle istanze dei ricorrenti (sentenza della Corte costituzionale austriaca del 14 ottobre 1999).

A nostro avviso, è criticabile il riconoscimento di un così ampio margine di apprezzamento da parte della Corte europea: ci sembra, infatti, che essa non abbia tenuto nel debito conto che, come da essa stessa affermato, “when a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted” (par. 95)¹⁰. La Corte, inoltre, nonostante riconosca un “emerging consensus” in materia, non vi dà rilievo, a differenza di quanto fatto in altre occasioni (vedasi la sentenza *Goodwin c. Regno Unito*, dell'11 luglio 2002, par. 85, nella quale la Corte giunge a riconoscere il diritto di un transessuale a sposarsi con una persona di sesso opposto, dopo l'operazione, in virtù di un mero “*continuing international trend*”¹¹ in favour of ... legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals”¹²).

La sentenza, tuttavia, anche se in parte contraddittoria e non del tutto convincente¹³, contiene importanti affermazioni di principio, che non escludono futuri *revirements* in materia, preannunciati nella stessa decisione, laddove, nella parte finale della sentenza, la Corte aggiunge che “this area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic deve-

⁸ Su tale sentenza cfr. Cristina Campiglio, “Il divieto di fecondazione eterologa all'esame della Corte europea dei diritti umani”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 624 ss.

⁹ Su tale sentenza cfr. Alessandra Viviani, “Il diritto di fondare una famiglia, la fecondazione assistita e i ... passi indietro della Grande Camera della Corte europea dei diritti umani”, *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 156 ss.

¹⁰ Sulla complessa questione del margine di apprezzamento il dibattito in dottrina è ampio: si veda, tra gli altri, George Letstas, *A theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2007.

¹¹ Il corsivo è nostro.

¹² Su tale sentenza cfr. Adele Del Guercio, Anna Liguori, “La tutela dei transessuali nel diritto europeo”, in *Sesso e genere* (a cura di Roberto Vitelli, Paolo Valerio), 2012, Liguori Editore, Napoli, p. 299 ss..

¹³ Cfr. Alessandra Viviani, “Il diritto di fondare una famiglia ...”, *cit.*, nonché l'Opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovka e Tsotsoria.

lopment in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States” (par. 118).

3. L’ordinanza della Corte Costituzionale e la restituzione degli atti ai giudici remittenti.

Come conseguenza della sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell’uomo nel caso *S.H. c. Austria*, la Corte costituzionale, con ordinanza n. 150 del 2012, ha disposto la restituzione degli atti ai giudici rimettenti¹⁴, ritenendo che la seconda decisione della Corte CEDU incida sul significato delle norme convenzionali e costituisca “un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”, senza decidere sul merito né dell’art. 117, primo comma (norma interposta), né delle altre norme costituzionali richiamate. Ciò sul presupposto che le tre ordinanze di rimessione abbiano attribuito un rilievo preminente al profilo di illegittimità costituzionale relativo all’asserita violazione della CEDU¹⁵, e che i parametri interni siano da considerare “assorbiti” .

Occorre tuttavia rilevare, come è stato evidenziato¹⁶, l’anomalia del ricorso a tale tecnica processuale, che normalmente viene utilizzata nell’ipotesi in cui venga accolto un profilo di legittimità (e quindi risulti eventualmente superfluo esaminare le altre norme oggetto di rinvio pregiudiziale), e non quando, come nel caso in esame, siano stati invocati plurimi parametri, che meritano un attento esame nel merito (e a nostro avviso, come cercheremo di dimostrare, pieno accoglimento). Come è stato osservato¹⁷, “qual è, allora, il senso della restituzione degli atti in relazione ad uno di tali parametri, quando poi resterebbe in ogni caso aperta la questione con riferimento ai parametri restanti?” Soltanto nel caso in cui i parametri

¹⁴ Come ricorda la Corte Costituzionale, la restituzione degli atti si impone quando “sopravvenga una modificazione della norma costituzionale invocata come parametro di giudizio [...], ovvero della disposizione che integra il parametro costituzionale [...], oppure qualora il quadro normativo subisca considerevoli modifiche, pur restando immutata la disposizione censurata”; nel caso di specie, a proposito della pronuncia della Corte di Strasburgo, il giudice delle leggi parla, piuttosto che di *ius supervenies*, di un “un *novum* che influisce direttamente sulla questione di legittimità costituzionale così come proposta”.

¹⁵ Secondo la Corte, infatti, i tribunali di Catania e Milano “non solo hanno proposto la questione di legittimità costituzionale riferita all’art. 117, primo comma, Cost. in linea preliminare rispetto alle altre pure sollevate, ma hanno altresì ripetutamente richiamato la suindicata sentenza della Prima Sezione della Corte di Strasburgo, allo scopo di trarne argomenti a conforto delle censure proposte in relazione agli ulteriori parametri costituzionali” (per quanto riguarda il tribunale di Firenze, questi ha invece sollevato la questione con esclusivo riferimento all’art. 117 Cost).

¹⁶ Cfr. sul punto Antonio Ruggeri, “La Corte costituzionale...”, *cit.*, secondo il quale la tecnica processuale utilizzata (“ .. alquanto originale e .. ardita, ma non per ciò ... persuasiva ”) è strumentale allo scopo di “guadagnare tempo”: cfr. *ultra*.

¹⁷ *Ibidem*.

diversi dall'art. 117 fossero stati "conseguenziali"¹⁸ a quest'ultimo, tale operazione sarebbe stata giustificata. Ma non è il caso delle ordinanze in esame¹⁹. Le norme richiamate, infatti, in parte riguardano nella sostanza gli stessi articoli 8 e 14 CEDU, in parte parametri esclusivamente interni, del tutto autonomi rispetto alle doglianze sollevate dinanzi alla Corte di Strasburgo (si pensi all'allegata violazione dell'art. 32 della Costituzione). Anche in relazione alle prime, occorre però osservare che, se è vero che la Corte ha affermato, a partire dalle famose sentenze n. 348 e 349 del 2007²⁰, che le norme della CEDU vanno interpretate "nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione", è anche vero che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quella già predisposta dall'ordinamento interno (come del resto prevede l'art. 53 CEDU). Come ribadito anche nell'ordinanza in esame, è alla Corte Costituzionale che spetta in ultima analisi verificare la «compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione»²¹.

In altre parole, quand'anche le due situazioni – quella oggetto della sentenza *S.H.* e quella italiana fossero del tutto assimilabili (ciò che non è, perché la nostra legislazione prevede, a differenza di quella austriaca, un divieto assoluto di fecondazione eterologa) -, in ogni caso al giudice delle leggi spetterebbe l'ultima parola, se l'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo andasse contro i principi fondamentali della nostra Costituzione.

Decisamente criticabile ci sembra allora l'aver restituito gli atti ai giudici remittenti, senza esaminare nel merito le doglianze diverse dal mancato rispetto della Convenzione europea dei diritti umani. Tre ulteriori gruppi di violazioni (oltre all'art. 117, primo comma, norma interposta per far valere il non rispetto delle norme europee sui diritti umani) sono, in effetti, stati prospettati dai giudici di Catania e Milano.

Innanzitutto, il divieto in questione violerebbe gli artt. 2, 29 e 31 Cost., poiché alle coppie colpite da sterilità o infertilità assoluta non sarebbe assicurato il diritto alla piena realizzazione della vita privata e familiare ed il diritto di autodeterminazione in ordine alla medesima.

Inoltre, tale divieto violerebbe gli artt. 3 e 31 Cost., poiché ha carattere discriminatorio in quanto comporta che siano, senza giustificato motivo, «trattate in modo

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Almeno di quelle di Milano e Catania: quella di Firenze, invece, come osservato *supra*, si basava esclusivamente sull'art. 117.

²⁰ Sulle quali cfr., tra i molti contributi, Giuseppe Cataldi, "Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita", *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2008, p. 325 ss.

²¹ L'ordinanza n.150/2012 richiama a tal proposito, oltre la sentenza n. 349/2007, le sentenze n. 113 e n. 303 del 2011.

opposto coppie con limiti di procreazione, risultando differenziate solo in virtù del tipo di patologia che affligge l'uno o l'altro dei componenti»; la legge inoltre risulterebbe contraria al principio di ragionevolezza perché, nonostante la finalità enunciata all'art. 1 ("favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana"), finirebbe per non potersi applicarsi proprio a chi, affetto da sterilità o infertilità assoluta, ne avrebbe maggiormente necessità²².

Infine, il divieto in esame risulterebbe in contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost., in quanto lederebbe «l'integrità psico-fisica delle coppie infertili o sterili», e limiterebbe irragionevolmente la libertà del medico di proporre la cura più efficace. Viene a tal fine richiamata la sentenza della Corte Costituzionale n. 151/2009 la quale, sempre in relazione alla L. n. 40/2004, ha dichiarato incostituzionali il divieto di produzione di massimo tre embrioni, nonché l'obbligo di impiantarli tutti contemporaneamente. In tale decisione, dopo aver riconosciuto l'esigenza di tener conto, nell'effettuare un giusto bilanciamento, anche della "tutela delle esigenze di procreazione" (a tutti gli effetti quindi riconosciuto come valore costituzionale), il giudice delle leggi ha infatti affermato che "in materia di pratica terapeutica, la regola di fondo deve essere l'autonomia e la responsabilità del medico, che, con il consenso del paziente, opera le necessarie scelte professionali".

I profili interni già sollevati ben possono allora essere oggetto di una nuova questione di legittimità da parte di altri magistrati in ipotesi analoghe e da parte degli stessi giudici remittenti nel caso in oggetto (come in effetti è avvenuto: il primo a sollevare nuovamente la questione di costituzionalità, con un'ordinanza estesamente argomentata²³, è stato il Tribunale di Milano, cui hanno fatto seguito il Tribunale di Catania²⁴ prima e quello di Firenze²⁵ poi). Le prospettate violazioni della Costituzione meritano un'attenta considerazione e, a parere di chi scrive, nella delicata opera di bilanciamento cui è chiamato il giudice costituzionale, dovrebbero essere considerate prevalenti rispetto alla tutela di altri valori, richiamati in contrapposizione. Non ci sembra ad esempio convincente l'argomento avanzato dall'Avvocatura dello Stato nel giudizio oggetto dell'ordinanza n. 150/2012, e cioè che "la *ratio* del divieto stabilito dal citato art. 4, comma 3, sarebbe identificabile

²² Cfr. sul punto Giorgio Repetto, "Ancora sull'ordinanza n. 150 del 2012 della Corte costituzionale: alcune ragioni per fare di necessità virtù", <<http://www.diritticomparati.it/2012/06/ancora-sullordinanza-n-150-del-2012-della-corte-costituzionale-alcune-ragioni-per-fare-di-necessita-.html#more>> (09/13).

²³ Sulla quale cfr. Alessandra Verri, "Il Tribunale di Milano rimette nuovamente alla Corte costituzionale la questione concernente la legittimità costituzionale della fecondazione eterologa", <<http://www.penalecontemporaneo.it/tipologia/0-/-/2227-/>> (09/13), che contiene anche un link al testo integrale dell'ordinanza.

²⁴ <<http://www.diritto.it/docs/5089507-divieto-di-fecondazione-eterologa-anche-il-tribunale-di-catania-dispone-un-nuovo-rinvio-alla-consulta?source=1&tipo=news>>.

²⁵ <http://www.ansa.it/web/notizie/specializzati/saluteebenessere/2013/04/23/Procreazione-Trib-Firenze-lege-40-Consulta-eterologa_8599755.html>.

nell'intento di evitare il ricorso ad una tecnica che può incidere negativamente sull'equilibrio personale e familiare, a causa della mancanza di un rapporto biologico tra figlio e genitore", perché il diritto già conosce altre situazioni caratterizzate da mancanza di vincolo biologico (l'adozione). Più delicata la questione relativa al disconoscimento di paternità del figlio nato in seguito a donazione di seme di donatore; tale questione, oggetto di una pronuncia di inammissibilità della Corte Costituzionale nel 1998²⁶, è stata successivamente legislativamente risolta con la l. n. 40/2004, che ha previsto all'art. 9 che il coniuge o il convivente, il cui consenso è ricavabile da atti concludenti, non possa esercitare l'azione di disconoscimento della paternità. Il legislatore italiano ha altresì affrontato, come abbiamo già accennato, due ulteriori questioni problematiche, stabilendo in maniera inequivoca che "il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi", nonché vietando la commercializzazione di gameti, prevenendo così rischi e abusi potenzialmente collegati alla fecondazione eterologa.

In conclusione, la Corte Costituzionale ben potrebbe decidere, attraverso un autonomo bilanciamento, di ritenere la normativa italiana lesiva delle norme della Costituzione esaminate *supra*. Non solo: a nostro avviso anche il profilo relativo all'art. 117 mantiene la sua validità, come già osservato da alcuni commentatori all'indomani dell'ordinanza della Corte Costituzionale²⁷, e come affermato dal Tribunale di Milano nella nuova ordinanza di rimessione del 29 marzo 2013.

In effetti, a nostro avviso, il mutamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo in merito alla compatibilità della disciplina austriaca rispetto alla CEDU non è in grado di determinare "in via automatica una valutazione negativa sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità del divieto italiano"²⁸. Ciò non solo perché le due discipline non sono uguali, ma soprattutto perché i giudici rimettenti italiani sono stati investiti della questione più di 10 anni dopo la pronuncia della Corte Costituzionale austriaca, del 1999 (tale è il momento in cui la Corte di Strasburgo ancora la sua valutazione, senza preoccuparsi di analizzare

²⁶ Cfr. *supra*, nota n. 4.

²⁷ Cfr. Irene Pellizzone, "Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. N. 150 del 2012 della Corte Costituzionale", <http://www.rivistaaic.it/articolarivista/sentenza-della-corte-europea-soppravvenuta-e-giudizio-di-legittimit-costituzionale> (09/13); Benedetta Liberali, "La procreazione medicalmente assistita con donazione di gameti esterni alla coppia fra legislatore, giudici comuni, Corte Costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo", <<http://www.rivistaaic.it/articolarivista/la-procreazione-medicalmente-assistita-con-donazione-di-gameti-esterni-alla-coppia>>, nonché Anna Liguri, "Comment Corte Costituzionale, 7 June 2012, No. 150", *Italian Yearbook of International Law*, Volume XXIII, 2013.

²⁸ Cfr. Benedetta Liberali, "La procreazione medicalmente assistita ...", *cit.*

l'eventuale successiva persistente incompatibilità della legge austriaca con la CEDU²⁹).

A nostro avviso, un'attenta lettura della sentenza della Grande Camera, alla luce dell'ultimo paragrafo di tale decisione, richiamato *supra*³⁰, e di ciò che la Corte di Strasburgo ha affermato in ripetute occasioni, e cioè che la Convenzione "is a living instrument, to be interpreted in present-day conditions" (cfr. da ultimo, la sentenza del 19 febbraio 2013 nel caso *X e al. C. Austria*, par. 139), dovrebbe portare la Corte Costituzionale a ritenere il divieto assoluto di fecondazione eterologa, oggi giorno, non conforme alla CEDU, tenuto conto delle evoluzioni scientifiche e normative in materia. Dai rapporti citati nella sentenza della Grande Camera emerge che attualmente, all'interno degli Stati membri del Consiglio d'Europa, esiste il divieto assoluto di donare il proprio seme solo in Italia, Turchia e Lituania (in Austria, come abbiamo visto, la donazione di sperma è ammessa ai fini di fecondazione *in vivo*), mentre la donazione di ovuli è vietata, oltre che in Austria e nei tre paesi summenzionati, in Germania, Croazia, Norvegia e Svezia: il divieto sussiste cioè in un'esigua minoranza dei 47 Stati parti della CEDU. Non solo: da tali studi si evince una rapida evoluzione delle normative europee in materia (nel giro di pochi anni, diversi Paesi hanno modificato la propria legislazione, ammettendo il ricorso alla fecondazione eterologa). Alla luce di ciò, sembra potersi dedurre un *consensus* – o quanto meno un "emerging consensus" – in materia di ammissibilità di fecondazione assistita ricorrendo a gameti di donatori. In proposito occorre inoltre sottolineare che l'esistenza di un *consensus* europeo è stato uno dei punti fondamentali, insieme con l'incoerenza legislativa, alla base della recente condanna dell'Italia nel caso *Costa e Pavan* (sentenza del 28 agosto 2012), in relazione ad un altro aspetto della normativa italiana in materia di fecondazione assistita, la diagnosi preimpianto³¹. Bene ha fatto, a nostro avviso, quindi, il Tribunale di Milano, a sollevare nuovamente la questione di legittimità costituzionale anche in relazione all'art. 117, primo comma, quale norma interposta per far valere l'incompatibilità dell'art. 4 L. 40/2004 con l'art.8 CEDU.

Ricapitolando, a nostro avviso, una lettura più attenta della sentenza della Grande Camera dovrebbe portare la Corte Costituzionale a chiedersi se il divieto di fecondazione eterologa è, al momento attuale, conforme alla CEDU, alla luce delle evoluzioni scientifiche e normative intervenute in materia. In ogni caso, dovrà valutare la legittimità del divieto in base ai parametri interni invocati e, a nostro avviso, giungere a ritenere la normativa lesiva delle norme della Costituzione

²⁹ Cfr. su questo punto le osservazioni dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova Trajkovka e Tsotsoria nell'opinione dissenziente (par. 6) allegata alla sentenza della Grande Camera.

³⁰ "This area, in which the law appears to be continuously evolving and which is subject to a particularly dynamic development in science and law, needs to be kept under review by the Contracting States" (par. 118).

³¹ Cfr. dottrina citata alla nota n. 3.

esaminate *supra*. Ciò alla luce, da un lato, dell'importanza dei valori da proteggere (tutela dell'esigenza di procreare e in generale di formare una famiglia; diritto all'autodeterminazione; divieto di discriminazioni ingiustificate; principio di eguaglianza e ragionevolezza; tutela della salute e dell'autonomia e responsabilità dei medici); dall'altro, della specifica regolamentazione – da parte della l. 40/2004 - di quegli aspetti legati a tale forma di procreazione assistita che avrebbero potuto incidere sull'interesse dei nati con una tale tecnica (mi riferisco in particolare alle norme che vietano il disconoscimento di paternità) o in generale sul rispetto della dignità umana (in questa direzione è infatti da apprezzare il divieto di commercializzazione dei gameti).

4. Osservazioni conclusive.

Alla luce di quanto esposto, se con l'ordinanza in esame la Corte ha voluto principalmente, come è stato osservato³², “guadagnar tempo, con la non recondita speranza che le questioni di costituzionalità originariamente proposte sulla legge 40 non siano quindi nuovamente portate al giudizio della Consulta”, tale speranza è stata palesemente disattesa, in quanto i tre Collegi hanno riproposto questione di legittimità costituzionale, com'era da attendersi. Quale che sia la futura decisione della Corte, c'è da chiedersi a chi o a cosa sia giovata la restituzione degli atti³³. Di certo non alle coppie che aspettano una pronuncia³⁴, le quali hanno solo visto ritardare il momento in cui la Corte finalmente esaminerà nel merito le doglianze da esse presentate.

Da un punto di vista teorico, tuttavia, l'ordinanza in esame è interessante, perché segna un “importante passo sul terreno delle ‘relazioni’ [...] tra l'ordinamento interno ed il sistema convenzionale”³⁵. Come è noto, l'art. 46 CEDU, nel prevedere che “Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti”, nulla dice quanto agli effetti nei confronti degli Stati non direttamente soccombenti. In dottrina ci si è chiesti tuttavia se, oltre un effetto di *res iudicata*, non sia da riconoscere alle sentenze di Strasburgo anche un effetto di *res interpretata*³⁶. La Corte europea dei diritti umani non si è finora pronunciata in maniera netta su questo punto; nella sentenza del 18

³² Cfr. Antonio Ruggeri, “La Corte Costituzionale ...”, *cit.*

³³ *Ibidem.*

³⁴ Per le quali il tempo che scorre rende ogni giorno più difficile la realizzazione del desiderio di avere un figlio, in quanto le possibilità di successo delle tecniche di fecondazione assistita dipendono in grande misura dall'età anagrafica dei partners.

³⁵ Cfr. Elena Malfatti, “Un nuovo (incerto?) passo ...”, *cit.*

³⁶ Cfr. sul punto Giuseppe Cataldi, “Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti umani nel sistema della Convenzione”, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Atti del Convegno interinale SIDI (a cura di Massimo Fragola), Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 51 ss. e dottrina ivi citata.

gennaio 1978, nel caso *Irlanda c. Regno Unito*, affermò che “The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties” (tale punto è poi stato richiamato in numerose altre decisioni: vedasi ad esempio *Guzzardi c. Italia*, del 6 novembre 1980, par.86; *Karner c. Austria*, del 24 luglio 2003, par. 26; *Rantsev c. Cipro e Russia*, del 7 gennaio 2010, par. 197). Ancora più significativa la sentenza *Opuz c. Turchia*, del 9 giugno 2009, nella quale ha dichiarato che, “... bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States”. Il riconoscimento del valore di *res interpretata* fu poi auspicato nel *Memorandum* presentato in vista della Conferenza di Interlaken dal Presidente della Corte, Jean Paul Costa, e ripreso, anche se in maniera più sfumata, nella Dichiarazione finale della Conferenza di Interlaken, del 19 febbraio 2010, nella quale viene affermato, al punto 4, che “The Conference ...calls upon the States Parties to commit themselves to ... taking into account the Court’s developing case-law, also with a view to considering the conclusions to be drawn from a judgment finding a violation of the Convention by another State, where the same problem of principle exists within their own legal system”. Tuttavia, non si può non rilevare come, nella Dichiarazione di Brighton del 20 aprile 2012, la posizione sulla questione risulti ulteriormente attenuata: in essa, infatti, ci si limita a registrare la determinazione degli Stati (non si parla più di “commitment”) a: “Enabling and encouraging national courts and tribunals to take into account the relevant principles of the Convention, having regard to the case law of the Court, in conducting proceedings and formulating judgments”.

Sul piano interno, come è stato osservato, sempre di più le supreme corti nazionali “s’inspirent et s’appuient” sulla giurisprudenza della Corte di Strasburgo³⁷. C’è da chiedersi allora se un tale atteggiamento da parte degli Stati non configuri una prassi attraverso la quale si sia formato un accordo delle parti in materia di interpretazione del medesimo, ai sensi dell’art. 31, comma 3, lett. b della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. Indicative di una prassi in tal senso sono anche le risoluzioni del Comitato dei Ministri, dalle quali si evince la tendenza degli Stati a seguire la giurisprudenza della Corte nel suo complesso (e non solo

³⁷ Cfr Andrew Drzemczewski, «Quelques réflexions sur l’autorité de la chose interprétée par la Cour de Strasbourg», in *La conscience des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, p. 243 ss., il quale, alla luce di un Rapporto elaborato da Servizio giuridico dell’Assemblea Parlamentare del Consiglio d’Europa, cita la Hoge Raad olandese, nonché le corti supreme cipriote e britanniche, la Corte di cassazione belga, le corti costituzionali slovacche e polacche, la Corte federale svizzera.

le sentenze di cui sono destinatari). In un'ottica favorevole all'affermazione di una tale prassi, in quanto, come è stato osservato³⁸, "l'attribuzione del valore di *res interpretata* assicurerebbe la piena applicazione della CEDU e eviterebbe molti ricorsi", ci sembra allora da accogliere con favore il riconoscimento di un tale valore – almeno *de facto* – da parte della nostra Corte Costituzionale, fermo restando il potere di discostarsi dalla giurisprudenza CEDU qualora ciò vada contro i propri principi fondamentali³⁹.

³⁸ Cfr. Giuseppe Cataldi, "Gli effetti delle sentenze ..", *cit.*

³⁹ Cfr. sul punto, a proposito della recente sentenza della Corte Costituzionale n.264/2012, Benedetto Conforti, "La Corte costituzionale applica la teoria dei controlimiti", *Rivista di diritto Internazionale*, n. 2/2013, p. 527 ss.

ADELE DEL GUERCIO

LA PROTEZIONE DEI RICHIEDENTI ASILO CRIMINALIZZATI IN RAGIONE DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE NELL'ORDINAMENTO EUROPEO E IN QUELLO ITALIANO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale nel sistema della CEDU. – 3. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale nel diritto dell'Unione europea. – 4. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale nell'ordinamento italiano. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Introduzione

Sono sempre più numerose le richieste di asilo presentate da lesbiche, gay, bisessuali, transessuali e intersex (LGBTI)¹ che lamentano il timore di subire, in seguito al rimpatrio, persecuzione o altre gravi violazioni dei propri diritti in ragione dell'orientamento sessuale. Tale dato non deve sorprendere se si tiene conto che ben settantotto Stati perseguono le relazioni tra persone dello stesso sesso con sanzioni che ricomprendono la detenzione, le punizioni corporali e persino la pena capitale².

Con il presente scritto si vuole verificare quale sia il livello di tutela accordato a queste persone nell'ordinamento europeo e in quello italiano. La base di partenza dell'indagine è costituita dai documenti dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (d'ora in avanti, UNHCR), attraverso i quali è stata fornita un'interpretazione estensiva delle norme sulla tutela internazionale dei rifugiati, ed in particolare della nozione di "appartenenza ad un determinato gruppo sociale" di cui all'art. 1A della Convenzione di Ginevra del 1951³. Con tale espressione si

¹ Per la terminologia utilizzata nel presente lavoro si rinvia a UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2012, par. 10. Si veda altresì Gay & Lesbian Alliance Against Defamation, *Media Reference Guide*, 8° ed., maggio 2010.

² Quest'ultima è prevista in almeno sette Stati: Iran, Mauritania, Arabia Saudita, Sudan e Yemen, oltre che di alcune regioni della Nigeria e della Somalia. Fonte: Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, A/HRC/19/41 del 17 novembre 2011. Dati aggiornati si rinvengono nello studio *Sexual orientation and gender identity and the protection of forced migrants*, in *Forced Migration Review*, 2013.

³ In argomento si rinvia a Marco Balboni, *La protezione internazionale in ragione del genere, dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere*, Torino, 2012; Chiara Vitucci, *La tutela internazionale dell'orientamento sessuale*, Napoli, 2012, in part. p. 152 ss. Ed anche alle relazioni di Alice Edwards, *Judging gender: Asylum adjudication and issues of gender, gender identity and sexual orientation*, e V. Turk, *Ensur-*

fa riferimento ad “un gruppo di persone che condividono una caratteristica comune diversa dal rischio di essere perseguitati, o che sono percepite come un gruppo dalla società. Frequentemente la caratteristica in questione sarà una caratteristica innata, immutabile, o altrimenti d’importanza fondamentale per l’identità, la coscienza o l’esercizio dei diritti umani di una persona”⁴. Ad avviso dell’UNHCR⁵ – ma anche dei tribunali di alcuni Paesi di *common law*⁶, che per primi hanno adottato l’approccio di cui si discute – tale caratteristica può ben essere individuata nell’orientamento sessuale⁷. Pertanto, come affermato espressamente nella *Guidance Note on refugee claims relating to sexual orientation and gender identity* del 21 novembre 2008⁸, qualora siano ottemperate le condizioni di eleggibilità di cui alla Convenzione di Ginevra del 1951⁹, le autorità competenti all’esame della domanda di asilo possono riconoscere lo status di rifugiato alle persone LGBTI anche sulla base della mera presenza, nell’ordinamento del Paese di origine, di una norma incriminatrice delle relazioni tra persone dello stesso sesso. Generalmente, infatti, l’esistenza di tale norma è collegata ad un clima di intolleranza e discriminazione, che sfocia di sovente in abusi, violenze, maltrattamenti da parte di agenti statali come di privati¹⁰. Anche qualora la persecuzione sia imputabile a questi ultimi è possibile offrire protezione al richiedente, se è dimostrabile la connivenza o la tolleranza da parte delle autorità statali. In caso contrario, andrà preliminarmente verificato se il richiedente possa trasferirsi in condizioni di sicurezza in un’altra

ing Protection to LGBTI Persons of concern, presentate in occasione del *Workshop on asylum issues relating to gender, sexual orientation and gender identity*, Ginevra, 25-26 ottobre 2012, reperibili al sito <www.refworld.org>.

⁴ UNHCR, *Linee guida in materia di protezione internazionale. “Appartenenza ad un determinato gruppo sociale” ai sensi dell’art. 1(A)2 della Convenzione del 1951 e/o al relativo Protocollo del 1967 sullo status dei rifugiati*, 2002, par. 11.

⁵ La Convenzione di Ginevra del 1951 non contempla l’istituzione di un organo di controllo. Tuttavia, con la risoluzione delle NU 428 (V) del 14 dicembre 1950 è stato creato, in qualità di organo sussidiario dell’Assemblea Generale, l’Ufficio dell’Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), al quale nel 2003 è stato attribuito un mandato permanente. Tale Agenzia ha il compito di fornire protezione e assistenza materiale ai rifugiati secondo i principi sanciti nella Convenzione di Ginevra. Può pertanto dirsi che l’UNHCR rappresenti *de facto* l’organo di controllo dello strumento testé citato.

⁶ In particolare dai tribunali australiani e britannici. Per una ricostruzione storica si rinvia a Chiara Vitucci, *op. cit.*

⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, cit., par. 26.

⁸ Sebbene i documenti dell’UNHCR non abbiano valore giuridico obbligatorio, gli stessi forniscono delle indicazioni alle autorità statali competenti all’esame della domanda di asilo.

⁹ Trovarsi al di fuori del Paese di origini, temere di essere perseguitati per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o opinioni politiche, e per tali ragioni non potere o non volere avvalersi della protezione di detto Paese.

¹⁰ Dello stesso avviso il Relatore speciale delle Nazioni Unite sulle esecuzioni extragiudiziali, il quale ha evidenziato come la penalizzazione delle relazioni tra persone dello stesso sesso renda le stesse “more vulnerable to violence and human rights abuses, including death threats and violations of the right to life, which are often committed in a climate of impunity”, *Extrajudicial, summary or arbitrary executions. Note by the Secretary-General*, A/57/138 del 2 luglio 2002, par. 37.

regione del Paese di origine. Come si può facilmente intuire, la specificità della situazione vissuta dalle persone LGBTI richiede un'adeguata formazione del personale incaricato dell'esame delle richieste di asilo¹¹.

La nostra analisi vuole dunque verificare il livello di tutela che il Consiglio d'Europa, l'Unione europea e l'Italia riservano alle persone in fuga da Paesi nei quali le relazioni tra persone dello stesso sesso vengono penalizzate, e se le misure approntate in tali ambiti siano compatibili con gli indirizzi forniti dall'UNHCR.

2. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani

Nel continente europeo, com'è noto, opera un efficace meccanismo di controllo sul rispetto dei diritti umani incentrato sulla Corte di Strasburgo, organo giurisdizionale istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Quest'ultima, all'art. 14, bandisce qualsiasi discriminazione nel beneficio delle situazioni giuridiche soggettive contemplate. Sebbene tra le cause di discriminazione vietate non figurino l'orientamento sessuale, questo può ben essere fatto ricadere nella formula "ogni altra condizione", riportata a chiusura della norma. Il prot. n. 12, adottato nel 2000 ed entrato in vigore nel 2005, sancisce poi un divieto generale di discriminazione applicabile alle situazioni giuridiche soggettive garantite dall'ordinamento statale¹².

Prima di passare ad esaminare la giurisprudenza, alquanto esigua, della Corte di Strasburgo con riguardo alla protezione dall'allontanamento di gay e lesbiche, ci sembra opportuno richiamare alcune sentenze nelle quali è stato affermato il divieto di discriminazione nei confronti delle suddette persone e il diritto delle stesse di vivere liberamente la propria vita privata e familiare (diritto tutelato dall'art. 8 CEDU). Va innanzitutto precisato che la 'vita privata' comprende sia il diritto a godere di una sfera esclusiva di intimità personale, sia l'identità sociale, intesa quale "diritto allo sviluppo personale e (...) di stabilire e mantenere rapporti con altri esseri umani"¹³. Il *leading case* in materia di tutela dell'orientamento sessuale è rappresentato dalla sentenza *Dudgeon c. Regno Unito* del 1981¹⁴, con la quale lo Stato convenuto è stato ritenuto responsabile della violazione dell'art. 8 CEDU a causa

¹¹ A tal riguardo, appaiono di fondamentale importanza le direttive fornite dall'UNHCR nel documento *Guidelines On International Protection No. 9*, cit., in particolare p. 58 e ss.

¹² Al momento in cui si scrive l'Italia non ha ancora provveduto a ratificare il Protocollo in questione.

¹³ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, ricorso n. 2346/02, sentenza del 29 aprile 2002, par. 61. Al riguardo si rinvia a Cesare Pitea, Laura Tomasi, *Art. 8*, in Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Vladimiro Zagrebelsky (a cura di), *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 298 e ss.

¹⁴ Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, ricorso n. 7525/76, sentenza del 22 ottobre 1981. Si vedano altresì le sentenze *Norris c. Irlanda*, ricorso n. 10581/83, del 26 ottobre 1988; *Modinus c. Cipro*, ricorso n. 15070/89, del 22 aprile 1993.

delle disposizioni penali, in vigore in Irlanda del Nord, che sanzionavano i rapporti tra adulti consenzienti dello stesso sesso. Il giudice di Strasburgo ha precisato che “the *very existence* of this legislation continuously and directly affects his private life [del ricorrente, n.d.A.]: either he respects the law and refrains from engaging – even in private with consenting male partners – in prohibited sexual acts to which he is disposed by reason of his homosexual tendencies, or he commits such acts and thereby becomes liable to criminal prosecution” (par. 41 – corsivo aggiunto). Tale orientamento è stato poi ribadito nella sentenza *Modinus c. Cipro* del 1993, nella quale il giudice della CEDU si è spinto a sostenere che la presenza di norme incriminatrici delle relazioni tra persone dello stesso sesso viola la vita privata e familiare anche qualora le stesse non siano di fatto applicate.

Malgrado, con la giurisprudenza sopra richiamata, la Corte di Strasburgo abbia percorso i tempi con riguardo alla tutela dalla discriminazione in ragione dell’orientamento sessuale, la questione sulla quale ci soffermeremo non ha dato origine, fino a questo momento, ad una giurisprudenza significativa: possono infatti contarsi solo poche decisioni di non ricevibilità o di radiazione dal ruolo, ma nessuna sentenza nel merito.

A partire dal 1989¹⁵ il giudice della CEDU ha affermato il principio in base al quale l’allontanamento configura la violazione del dettato convenzionale “where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if deported, faces a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3”¹⁶, che gli stessi siano imputabili ad organi statali o ad agenti privati¹⁷. La responsabilità che si viene a configurare non è del Paese di destinazione, generalmente estraneo alla CEDU, ma dello Stato Parte che, adottando o attuando un provvedimento di espulsione o di rimpatrio, ha esposto il ricorrente al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti o tortura. Ad essere vietato è sia l’allontanamento diretto verso un Paese nel quale il ricorrente potrebbe subire trattamenti vietati, sia quello indiretto, qualora vi sia il rischio che lo stesso possa essere ulteriormente respinto fino a trovarsi in una situazione di pericolo. Il principio del *non-refoulement* ricavato dal divieto di tortura di cui all’art. 3 CEDU ha portata assoluta e inderogabile, e trova applicazione indipendentemente dalla condotta del ricorrente. Al fine di verificare se sussistono *motivi ragionevoli* per ritenere che, una volta attuato l’allontanamento, il ricorrente corra un *rischio reale* di subire trattamenti inumani e degradanti e/o tortura, gli elementi da prendere in considerazione sono la situazione personale del ricorrente e quella generale del Paese di destinazione, per la

¹⁵ A partire dalla sentenza *Soering c. Regno Unito*, ric. n. 14038/88, del 7 luglio 1989, par. 91.

¹⁶ Corte EDU, *Sufi e Elmi c. Regno Unito*, ricorsi n. 8319/07 e n. 11449/07, sentenza del 28 giugno 2011. Sul divieto di allontanamento ricavato dall’art. 3 CEDU si consenta di rinviare al nostro “La protezione dello straniero in fuga da situazioni di violenza generalizzata nella CEDU e nella direttiva ‘qualifiche’”, in A.A.V.V., *Percorsi Migranti*, Milano, pp. 47-58, e bibliografia ivi indicata.

¹⁷ Corte EDU [GC], *H.R.L. c. Francia*, ricorso n. 11/1996/630/813, sentenza del 22 aprile 1997, par. 91.

ricostruzione della quale possono acquisire rilievo le informazioni fornite dalle organizzazioni internazionali. La Convenzione europea non contempla il diritto d'asilo, pertanto l'organo di controllo da essa istituito non può sindacare sul diniego della protezione da parte delle autorità statali. Nondimeno anche i richiedenti asilo cadono nell'ambito di applicazione *ratione personae* della CEDU qualora, in seguito al rigetto della domanda di riconoscimento di detto status, vengano allontanati verso un Paese nel quale siano a rischio di trattamenti vietati dall'art. 3 della Convenzione¹⁸.

I principi sinteticamente richiamati sopra hanno consentito di estendere la protezione garantita dal dettato convenzionale a situazioni altrimenti non contemplate. Malgrado i ragguardevoli sviluppi registrati in alcuni settori, la questione della tutela dall'allontanamento di gay e lesbiche che nel Paese di destinazione possano subire trattamenti e pene inumani e degradanti e/o tortura in ragione dell'orientamento sessuale non ha ancora costituito oggetto, come si è anticipato, di una giurisprudenza significativa. Vengono in rilievo, innanzitutto, le due decisioni di non ricevibilità rese nel 2004, concernenti due cittadini iraniani fuggiti dal Paese di origine perché omosessuali¹⁹. Entrambi avevano raccontato di essere stati arrestati, di aver subito abusi da parte della polizia a causa del proprio orientamento sessuale e di aver deciso, una volta rilasciati, di abbandonare l'Iran, la cui legislazione punisce con la pena capitale le relazioni tra persone dello stesso sesso. Tuttavia, la credibilità dei due ricorrenti era stata messa in dubbio sia dalle autorità nazionali, che avevano negato lo status di rifugiato, sia dalla Corte europea, che ha escluso che corressero un rischio reale di trattamenti vietati dall'art. 3 CEDU in caso di rimpatrio. Dai rapporti consultati per ricostruire la situazione del Paese di origine emergeva infatti che, sebbene la pena di morte fosse prevista in caso di relazioni tra persone dello stesso sesso, non fosse di fatto applicata dal 1995. Appare sconcertante che il giudice della CEDU, pur riconoscendo la generale disaffezione delle autorità iraniane per i diritti umani e la condizione di grave vulnerabilità vissuta dalle persone LGBTI in Iran, non abbia riscontrato il rischio per i ricorrenti di subire violazione della propria integrità psico-fisica nel caso fossero stati costretti a rientrare. In *F. c. Regno Unito* il suddetto organo è giunto addirittura ad affermare che "the applicant was unlikely to face difficulties from the Iranian authorities in respect of homosexual activity conducted in private", ed anche che "it cannot be required that an expelling Contracting State only return an alien to a country

¹⁸ In argomento Nuala Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasburgo, 2008; Andrea Saccucci, "Diritto di asilo e Convenzione europea dei diritti umani", in Chiara Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Milano, 2011, p.147 ss.

¹⁹ Corte EDU, *F. c. Regno Unito*, ricorso n. 17431/03, decisione del 22 giugno 2004; *I.I.N. c. Paesi Bassi*, ricorso n. 2035/04, decisione del 9 dicembre 2004.

which is in full and effective enforcement of all the rights and freedoms set out in the Convention” p. 12, corsivo aggiunto)²⁰.

L’approccio adottato dalla Corte di Strasburgo nei casi in esame è incompatibile con le direttive dell’UNHCR, che ritiene non applicabile, quando si tratti di persone provenienti da Paesi nei quali le relazioni omosessuali sono sanzionate, il ‘test della discrezione’, già abbandonato peraltro da molti Stati di accoglienza dei richiedenti asilo. Ad avviso dell’Alto Commissariato e di numerosi tribunali interni non si può pretendere che una persona viva *con riservatezza* il proprio orientamento sessuale perché ciò comporterebbe una rinuncia alla propria identità. Come emerge chiaramente dalla definizione fornita dai *Principi di Yogyakarta* del 2007, l’ ‘orientamento sessuale’ non può essere ridotto *tout-court* alle scelte sessuali, ma deve essere interpretato in maniera ampia, come “each person’s capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate and sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender”²¹.

Ad essere criticabile, nell’iter argomentativo seguito dal giudice della CEDU per rigettare la ricevibilità dei ricorsi presentati dai due richiedenti asilo iraniani, sono anche altri due elementi. Innanzitutto, l’orientamento adottato nelle decisioni in esame contrasta con quello, sopra illustrato, cui lo stesso giudice della CEDU era giunto nel pronunciarsi sui casi *Dudgeon, Norris e Modinus*, con riguardo ai quali era stato precisato che le norme sanzionatrici dell’omosessualità violano la vita privata della persona anche quando non sono concretamente applicate. Nel valutare la fondatezza del rischio corso dai due richiedenti asilo iraniani, invece, tali norme non sono state ritenute di per sé persecutorie, e ciò malgrado il fatto che ad essere in gioco era, nei casi di specie, un valore fondamentale e non bilanciabile con altri interessi statali, ovvero l’integrità psico-fisica della persona (tutelata dall’art. 3 CEDU). La Corte ha invece attribuito considerazione alla circostanza che la pena capitale non era di fatto applicata e che le persone LGBTI non venivano perseguite *attivamente*. Il clima generale di discriminazione e intolleranza nei confronti di gay

²⁰ Corte EDU, *F. c. Regno Unito*, cit., p. 12. Un concetto analogo viene espresso anche in *I.I.N. c. Paesi Bassi*, cit., p. 12. Va precisato che tale passaggio si riferisce all’esame nel merito dell’art. 8 CEDU, che, come ricordato dalla Corte, tutela diritti soggetti a bilanciamento, dai quali non deriva un’interdizione assoluta in capo agli Stati contraenti di espellere il ricorrente, come quando a rilevare sono gli artt. 2 e 3.

²¹ *Yogyakarta Principles. Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*, redatti nel 2007 da parte di un gruppo di esperti di diritti umani (funzionari di organi internazionali, giudici, accademici, attivisti). Si tratta di un insieme di principi, accompagnati ciascuno da raccomandazioni rivolte agli Stati, sull’attuazione dei diritti umani indipendentemente dal genere e dall’orientamento sessuale, e sono la risposta agli abusi e alle discriminazioni subiti dalle persone LGBT in tutto il mondo. I *Yogyakarta Principles* non hanno valore giuridicamente vincolante, tuttavia sono stati richiamati da organi delle Nazioni Unite, corti interne e istituzioni europee. Cfr. Michael O’Flaherty, John Fisher, “Sexual Orientation, Gender, Identity and International Human Rights Law: Contextualizing the Yogyakarta Principles”, in *Human Rights Law Review*, 2008, pp. 207 ss.

e lesbiche in Iran non è stato pertanto ritenuto sufficiente a riscontrare il rischio di trattamenti inumani e degradanti²². A tal proposito si vuole ricordare che, secondo la *Guidance Note* dell'UNHCR, "The very existence of such laws [sanzionatrici delle relazioni tra persone dello stesso sesso, *n.d.A.*], irrespective of whether they are enforced and the severity of the penalties they impose, may have far-reaching effects on LGBTI persons' enjoyment of their fundamental human rights", e che ciò è particolarmente evidente quando la pena consiste nell'esecuzione capitale o nelle punizioni fisiche (par. 17).

L'altro elemento criticabile cui si faceva cenno riguarda l'onere della prova rispetto al rischio lamentato dal richiedente asilo in caso di rimpatrio. Sia in *I.L.N. c. Paesi Bassi*, sia in *F. c. Regno Unito*, le affermazioni del ricorrente non sono state ritenute credibili²³. Tuttavia è nota la difficoltà per i richiedenti asilo in generale, ed in particolare per quelli LGBTI, di fornire mezzi di prova attendibili, tenuto conto che sono spesso costretti a vivere di nascosto il proprio orientamento sessuale, e che le stesse autorità statali del Paese di origine possono avere tutto l'interesse ad occultare le evidenze delle discriminazioni subite dagli stessi²⁴. D'altronde le fonti utilizzate per ricostruire la situazione generale dei Paesi di origine possono non essere soddisfacenti, se si considera che persino molti Stati europei mancano di dati dettagliati sulle discriminazioni subite da gay e lesbiche²⁵. Ad avviso dell'Alto Commissariato per i rifugiati, al richiedente asilo che sostenga di essere a rischio di maltrattamenti in ragione dell'orientamento sessuale dovrebbe essere riconosciuto il beneficio del dubbio, anche quando non possa fornire prove documentali come fotografie, testimonianze scritte, articoli di giornale²⁶. Viene inoltre precisato che il compito delle autorità statali è quello di verificare il rischio che il ricorrente correbbe, *in futuro*, in seguito al rimpatrio, e non l'aver già subito, prima di abbandonare il Paese di origine, tortura o altre violenze fisiche. In quanto agli esami medici e psichiatrici utilizzati in alcuni Stati per verificare l'orientamento sessuale del

²² Marco Balboni evidenzia che l'iter argomentativo adottato dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Sufi e Elmi c. Regno Unito* (ricorsi n. 8319/07 e 11449/07, sentenza del 28 giugno 2011) "può fare pensare che la violenza massiccia e diffusa nei confronti di certe minoranze sessuali, in particolare quando queste siano visibili, può dar luogo a una protezione contro il rischio obiettivo di persecuzione". M. Balboni, *op. cit.*, p. 188.

²³ Thomas Spijkerboer, "Subsidiary and 'Arguability': the European Court of Human Rights' Case Law on Judicial Review in Asylum Cases", in *International Journal of Refugee Law*, 2009, p. 48 ss.

²⁴ Al riguardo si rinvia altresì al commento della sentenza *I.L.N. c. Paesi Bassi*, cit., disponibile al sito <www.duit.it>.

²⁵ COE, *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, 2011; FRA, *Homophobia and Discrimination on grounds of sexual orientation in the EU Member States. Part II – The social situation (updated version)*, 2009, p. 129.

²⁶ UNHCR, *Manuale sulle procedure e sui criteri per la determinazione dello status di rifugiato, ai sensi della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 1992, p. 196.

richiedente, questi possono essere considerati alla stregua di trattamenti inumani e degradanti²⁷.

Alla luce delle osservazioni che precedono, a noi sembra che la Corte europea avrebbe dovuto quantomeno svolgere un'analisi più attenta, sia sotto il profilo della situazione personale dei ricorrenti in caso di allontanamento, sia sotto il profilo di quella generale del Paese di destinazione. Va tuttavia osservato che si tratta di decisioni risalenti ai primi anni Duemila, quando nell'ordinamento internazionale non si era ancora consolidato un orientamento di favore nei confronti delle persone LGBTI. Purtroppo, anche i casi giunti all'attenzione del giudice della CEDU più di recente non sono stati oggetto di un esame nel merito. Ci si riferisce a *R.A. c. Francia*²⁸, *D.B.N. c. Regno Unito*²⁹ e *K.N. c. Francia*³⁰, tutti radiati dal ruolo, i primi due perché i legali non avevano più notizie dei ricorrenti, rispettivamente un cittadino pakistano e una cittadina dello Zimbabwe, che avevano volontariamente fatto perdere le proprie tracce; l'ultimo citato perché la Francia aveva accettato di esaminare la richiesta di asilo del ricorrente, cittadino iraniano, malgrado sulla base del regolamento Dublino³¹ la competenza fosse della Grecia. Sarebbe stato interessante capire quale posizione avrebbe adottato la Corte di Strasburgo, anche alla luce degli sviluppi più recenti della sua giurisprudenza, in particolar modo con riguardo alla richiedente asilo dello Zimbabwe (caso *D.B.N. c. Francia*), la cui credibilità non era in dubbio, né rispetto all'orientamento sessuale, né rispetto alle persecuzioni subite in ragione dello stesso (violenze, stupro, maltrattamenti, anche da parte dei familiari).

3. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale nell'Unione europea

Venendo all'Unione europea, va da subito rilevato che l'approccio tendenzialmente favorevole che emerge dalla Carta dei diritti fondamentali, che all'art. 21 sancisce il divieto di discriminazioni in ragione delle "tendenze sessuali", e dai documenti di *soft-law* adottati dal Parlamento europeo³², non si è tradotto in una

²⁷ Cfr. Sabine Jansen, Thomas Spijkerboer, *Fleeing Homophobia*, 2011.

²⁸ Corte EDU, *R.A. c. Francia*, ricorso n. 49718/08, decisione di radiazione dal ruolo dell'8 febbraio 2011.

²⁹ Corte EDU, *D.B.N. c. Regno Unito*, ricorso n. 26550/10, decisione di radiazione dal ruolo del 31 maggio 2011.

³⁰ Corte EDU, *K.N. c. Francia*, ricorso n. 47129/09, decisione di radiazione dal ruolo del 19 giugno 2012 (caso parzialmente esaminato il 2 settembre 2009).

³¹ Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo, sostituito dal regolamento (UE) n. 604/2013 del 26 giugno 2013.

³² Risoluzione del Parlamento europeo del 18 aprile 2012, con la quale gli Stati membri sono espressamente inviati "a concedere asilo a chi sfugge alle persecuzioni nei paesi in cui le persone LGBTI

normativa soddisfacente con riguardo alla tutela dei richiedenti asilo perseguitati in ragione dell'orientamento sessuale³³. Infatti, la nuova direttiva 2012.33.UE (cd. 'qualifiche')³⁴ ha confermato i contenuti della direttiva 2004.38.CE³⁵ senza apportare sostanziali modifiche, che invero, come avremo modo di illustrare, sarebbero state opportune.

La direttiva, allineandosi alla Convenzione di Ginevra del 1951, definisce 'rifugiato' il

“cittadino di un paese terzo il quale, per il timore fondato di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, opinione politica o appartenenza a un determinato gruppo sociale, si trova fuori dal paese di cui ha la cittadinanza e non può o, a causa di tale timore, non vuole avvalersi della protezione di detto paese; oppure apolide che si trova fuori dal paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale per le stesse ragioni succitate e non può o, a causa di siffatto timore, non vuole farvi ritorno” (art. 2, lett. d).

Pertanto, per poter beneficiare dello status di rifugiato, il richiedente deve dimostrare di essere a rischio di *persecuzione* in caso di ritorno nel Paese di origine. La direttiva definisce in termini di 'persecuzione' quegli atti che, per loro natura o frequenza, sono sufficientemente gravi da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell'articolo 15, paragrafo 2, della CEDU³⁶; o anche una somma di diverse misure che producono analogo effetto (art. 9, par. 1). Inoltre specifica che gli atti di persecuzione possono assumere anche la forma di: a) atti di violenza fisica o psichica, compresa la violenza sessuale; b) provvedimenti legislativi, am-

sono considerate alla stregua di criminali, prendendo in considerazione i timori di persecuzione ben fondati dei richiedenti e affidandosi alla loro auto-identificazione di lesbiche, gay, bisessuali o transessuali” (par. 113). Si veda anche il documento del Consiglio dell'UE del 24 giugno 2013, *Orientamenti per la promozione e la tutela dell'esercizio di tutti i diritti umani da parte di lesbiche, gay, bisessuali, transgender e intersessuali (LGBTI)*, nel quale l'attenzione viene posta sulla dimensione esterna della lotta alla discriminazione nei confronti di dette persone.

³³ Lo stesso Parlamento europeo ha evidenziato, nella Risoluzione del 4 febbraio 2014 sulla tabella di marcia dell'UE contro l'omofobia e la discriminazione legata all'orientamento sessuale e all'identità di genere, che l'UE manca di una politica globale per la tutela dei diritti fondamentali delle persone LGBTI ed ha invitato la Commissione, gli Stati membri e le Agenzie pertinenti ad adottarne una per i prossimi anni.

³⁴ Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta (rifusione).

³⁵ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, sostituita dalla direttiva 2011/95/UE del 13 dicembre 2011.

³⁶ Art. 2, diritto alla vita; art. 3, divieto di trattamenti e pene inumani e degradanti; art. 4, divieto di schiavitù e lavoro forzato; art. 7, principio di legalità e irretroattività dei delitti e delle pene.

ministrativi, di polizia e/o giudiziari, discriminatori per loro stessa natura o attuati in modo discriminatorio; c) azioni giudiziarie o sanzioni penali sproporzionate o discriminatorie (art. 9, par. 2). In tale definizione possono ben essere fatte rientrare le normative che criminalizzano l'orientamento sessuale, così come le sanzioni volte a punire le relazioni tra persone dello stesso sesso. Peraltro, all'art. 10, par. 1, lett. d), viene espressamente ammesso che "un particolare gruppo sociale può includere un gruppo fondato sulla caratteristica comune dell'orientamento sessuale". Tuttavia, a suscitare perplessità è la definizione di 'particolare gruppo sociale' offerto dalla direttiva, posto che per essere considerato tale un gruppo deve rispettare due requisiti (art. 10, lett. d):

- i membri del gruppo devono condividere una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata, oppure una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità o la coscienza che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi (approccio cd. 'delle caratteristiche protette'),

e

- il gruppo deve possedere un'identità distinta nel paese di cui trattasi, perché vi è percepito come diverso dalla società circostante (approccio cd. 'della percezione sociale').

Il legislatore dell'UE, nell'utilizzare la congiunzione *e*, si è discostato dalle indicazioni dell'Alto Commissariato delle NU per i rifugiati, ad avviso del quale le suddette condizioni devono essere lette come alternative e non come cumulative³⁷.

La lettura restrittiva della norma in questione è stata confermata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in una sentenza del 7 novembre 2013³⁸, con la quale si è invero pronunciata sulla direttiva 2004.38.CE, e non su quella attualmente in vigore. Si consideri tuttavia che la pronuncia conserva tutta la sua rilevanza dal momento che la norma oggetto di interpretazione è rimasta invariata nella nuova direttiva 'qualifiche'. Le domande di pronuncia pregiudiziale erano state avanzate dal *Raad van State* belga e vertevano sull'interpretazione dell'art. 9, par. 1, lett. a), in combinato disposto con l'art. 9, par. 2, lett. c) e dell'art. 10, par. 1, lett. d) della direttiva 2004.38.CE. All'origine della pronuncia vi erano i casi di tre richiedenti asilo, originari rispettivamente di Sierra Leone, Uganda e Senegal, che affermavano di essere stati oggetto di reazioni violente da parte delle loro famiglie e dei loro ambienti sociali, nonché di atti di repressione da parte delle autorità statali dei Paesi d'origine, a causa del loro orientamento sessuale. Sebbene il Ministero belga per l'immigrazione e l'asilo avesse accertato che nei Paesi di origine le relazioni omosessuali sono punite severamente – in Sierra Leone con pena detentiva da dieci anni all'ergastolo, in Uganda con pena detentiva fino all'ergastolo e in Senegal con

³⁷ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, cit.

³⁸ Corte di giustizia dell'UE, cause riunite C-199/12 a C-201/12, X., Y. E Z. c. *Minister voor Immigratie en Asiel*, sentenza del 7 novembre 2013.

la detenzione da uno a cinque anni – ai ricorrenti era stato negato lo status di rifugiato in quanto non avevano provato sufficientemente i fatti e le circostanze invocate. Essendo state impugnate le decisioni di diniego, i casi erano giunti all'attenzione del *Raad van State*, il quale aveva posto alla Corte di Lussemburgo i seguenti quesiti: 1) se le persone omosessuali costituiscono un determinato gruppo sociale ai sensi dell'art. 10, lett. d); 2) qualora la risposta al primo quesito fosse stata affermativa, quali atti di persecuzione possono giustificare il riconoscimento dello status di rifugiato, e se si possa esigere dalle persone omosessuali di mantenere un atteggiamento riservato al fine di evitare la persecuzione; 3) se il mero fatto di qualificare come reato le relazioni tra persone dello stesso sesso e di sanzionarle con la detenzione possa di per sé costituire persecuzione e giustificare il riconoscimento dello status di rifugiato.

Il giudice di Lussemburgo ha dato una risposta positiva nel merito del primo quesito, riconoscendo che l'esistenza di una legislazione penale, come quella in vigore nei Paesi di origine dei ricorrenti, che sanziona le relazioni tra persone dello stesso sesso, consente di affermare che tali persone costituiscono un *determinato gruppo sociale* ai sensi dell'art. 10, par. 1, lett. d). Nondimeno ha confermato la lettura restrittiva della disposizione ora richiamata, dichiarando che

“un gruppo è considerato un ‘determinato gruppo sociale’ qualora siano soddisfatte ... due condizioni *cumulative*. Da un lato, i membri del gruppo devono condividere una caratteristica innata o una storia comune che non può essere mutata oppure una caratteristica o una fede che è così fondamentale per l'identità che una persona non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi. Dall'altro, tale gruppo deve avere la propria identità, nel Paese terzo di cui trattasi, perché vi è percepito dalla società circostante come diverso” (par. 45, corsivo aggiunto).

Ad avviso della Corte entrambe le condizioni sono soddisfatte, dal momento che è pacifico che l'orientamento sessuale di una persona costituisca una caratteristica così fondamentale della sua identità che essa non dovrebbe essere costretta a rinunciarvi (par. 46). In quanto al secondo requisito, l'esistenza di una legislazione penale che colpisca specificamente le persone omosessuali consente di affermare che tali persone vengono percepite come diverse dalla società circostante, e pertanto costituiscono un “gruppo a parte” (par. 48).

L'organo giurisdizione dell'UE ha poi preso in esame la terza questione pregiudiziale (la seconda è stata considerata assimilata nella terza), giungendo alla conclusione che “la mera esistenza di una legislazione che qualifica come reato gli atti omosessuali non può essere ritenuta un atto che incide sul richiedente in maniera così rilevante da raggiungere il livello di gravità necessario per ritenere che detta qualificazione penale costituisca persecuzione ai sensi dell'art. 9, par. 1, della direttiva 2004.38.CE” (par. 55). Può essere invece considerata persecuzione la pena detentiva comminata da una disposizione legislativa che sanziona le relazioni tra

persone dello stesso sesso, “purché essa trovi *effettivamente* applicazione nel Paese di origine” del richiedente asilo (par. 56). Tali passaggi appaiono particolarmente problematici posto che l’esistenza di legislazioni penali che criminalizzano le relazioni tra persone dello stesso sesso determina di per sé un clima di discriminazione e di intolleranza, se non di vera e propria violenza, indipendentemente dalla concreta applicazione della legislazione stessa. Compito delle autorità statali dovrebbe essere quello di verificare non che la norma o la sanzione siano concretamente attuate, ma piuttosto se, tenuto conto della situazione personale del ricorrente e di quella generale del Paese di destinazione, ci si trovi di fronte a atti di persecuzione ai sensi dell’art. 9, par. 1. In tal caso al richiedente asilo dovrebbe essere riconosciuto lo status di rifugiato³⁹.

Apprezzabile invece che il giudice di Lussemburgo abbia escluso che al richiedente asilo possa chiedersi di nascondere il proprio orientamento sessuale per evitare la persecuzione. Tale affermazione è particolarmente rilevante tenuto conto che alcuni Stati dell’Unione europea applicano il requisito della discrezione malgrado ciò si ponga in contrasto con le indicazioni fornite dall’UNHCR. A tal riguardo va ricordato che alle statuizioni della Corte va riconosciuta efficacia *erga omnes*, sempre che si tratti di fattispecie analoghe a quella oggetto del giudizio⁴⁰. Pertanto è da accogliere con favore l’effetto che la sentenza produrrà negli ordinamenti degli Stati membri.

4. La protezione dei richiedenti asilo criminalizzati in ragione dell’orientamento sessuale nell’ordinamento italiano

Una posizione più attenta alla condizione dei richiedenti asilo LGBTI, rispetto a quella della Corte europea dei diritti umani, si registra nell’ordinamento italiano, nel quale il diritto d’asilo trova espressione già a livello costituzionale (art. 10 co. 3), sebbene abbia di rado trovato applicazione fino al recepimento del diritto comunitario in materia, ed in particolare delle direttive 2004/83/CE (cd. ‘qualifiche’) e 2005/85/CE (cd. ‘procedure’)⁴¹. Attualmente il diritto d’asilo costituzionale può essere riconosciuto attraverso tre forme di protezione diverse ed alternative: lo

³⁹ Sulla sentenza si rinvia a Simone Rossi, *Sentenza della Corte di giustizia su tre aspetti del riconoscimento dello status di rifugiato fondato sull’orientamento sessuale*, 2013, reperibile al sito <www.retelenford.it>.

⁴⁰ Cfr. la sentenza del 6 ottobre 1982 resa sulla causa C-283/81, *Cilfit srl e Lanificio di Gavardo spa c. Ministero della Sanità*. In dottrina, tra i tanti, a Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2010.

⁴¹ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, sostituita dalla direttiva 2013/32/UE del 26 giugno 2013.

status di rifugiato, la protezione sussidiaria e quella umanitaria⁴². In tutte e tre le ipotesi il richiedente asilo ha diritto di ingresso e soggiorno nel territorio italiano al fine di far esaminare la sua situazione dalle autorità competenti e non può essere respinto alla frontiera⁴³. Le prime due forme di protezione sono comuni agli Stati membri della UE e possono essere riconosciute, allo straniero o all'apolide che abbia avanzato domanda, in seguito alla valutazione, di natura tecnica e non politico-discrezionale, della competente Commissione territoriale per il diritto d'asilo. La procedura è unitaria: l'esame è infatti volto ad accertare, in via prioritaria, se sussistano gli elementi per il riconoscimento dello status di rifugiato e, solo in subordine, qualora questi non vengano riscontrati, viene valutata la possibilità di concedere la protezione sussidiaria, fattispecie introdotta nell'ordinamento italiano con la direttiva 2004/83/CE⁴⁴. Laddove, poi, l'accertamento dia esito negativo, sia per quanto concerne lo status di rifugiato, sia per quanto concerne la protezione sussidiaria, ma la Commissione ritenga che sussistano i "seri motivi" richiamati dall'art. 5 co. 6 del d.lgs. 286/1998, gli atti vengono trasmessi al Questore perché rilasci un permesso di soggiorno per motivi umanitari. Come precisato in una importante ordinanza della Suprema Corte⁴⁵, al Questore residua il compito di dare attuazione alla deliberazione della Commissione senza alcun margine di valutazione autonoma al riguardo.

Va da subito detto che l'Italia, nel recepire, con il d.lgs. 251/2007, la direttiva comunitaria 2004/83/CE, ha espressamente fatto ricadere tra le ipotesi di persecuzione che legittimano il riconoscimento dello status di rifugiato i "provvedimenti legislativi, amministrativi, di polizia o giudiziari" (art. 7, par. 2, lett. b), qualora siano sufficientemente gravi da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali (art. 7, par. 1, lett. a). Inoltre, tra i motivi di persecuzione di cui all'art. 8 del suddetto d.lgs., viene annoverato proprio l'orientamento sessuale, che rappresenterebbe la caratteristica comune di un "particolare gruppo sociale" degno di protezione (lett. d). Ne consegue che le commissioni territoriali e, in subordine, i giudici (dinanzi ai quali è possibile impugnare la decisione di diniego), debbano accogliere la domanda di protezione presentata dal richiedente asilo quando è dimostrabile che lo stesso possa subire danni alla sua incolumità psico-

⁴² Oltre che, in via residuale e solo eventuale, attraverso la protezione temporanea, adottata con un provvedimento generale emanato dal Governo (ex art. 20 TU sull'immigrazione) o dal Consiglio dell'UE (sulla base della Direttiva 2001/55/CE del Consiglio del 20 Luglio 2001 sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi).

⁴³ Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n. 26253 del 15 dicembre 2009.

⁴⁴ Chiara Favilli, "La protezione internazionale nell'ordinamento dell'Unione Europea" e Paolo Bonetti, "Il diritto di asilo nella Costituzione italiana", in Chiara Favilli (ed.), *Procedure...*, cit.

⁴⁵ Corte di cassazione, Sezioni Unite Civili, ordinanza n. 11535 del 19 maggio 2009, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, n. 3/2009, pp. 140 e ss.

fisica nel Paese di origine in ragione dell'orientamento sessuale (art. 7, par. 2, lett. a), a maggior ragione quando tali danni derivino da una previsione normativa⁴⁶. Se le Commissioni territoriali e i giudici di merito⁴⁷ si sono conformati da subito a tale orientamento garantista, la posizione della Corte di cassazione è stata, fino a tempi recenti, equivoca, come si ricava in particolare da due sentenze, la n. 16417/2007 (cass. civ.) e la 2907/2008 (cass. pen.). Con la prima⁴⁸ il Supremo giudice, nel pronunciarsi su di un caso riguardante un cittadino senegalese fuggito dal Paese di origine in ragione del proprio orientamento sessuale, aveva fornito importanti chiarimenti sulla nozione di 'persecuzione', termine con il quale deve intendersi "una forma radicale e spietata di lotta contro una minoranza, che si manifesta con maltrattamenti, soprusi, coercizioni e modalità comunque contrarie alla tutela dei diritti umani" e che può essere attuata anche sul piano normativo. Aveva inoltre precisato che perché via sia persecuzione è sufficiente la semplice previsione del comportamento che si intende contrastare come reato punibile con la reclusione. L'omosessualità, infatti, va considerata "come condizione dell'uomo degna di tutela, in conformità ai precetti costituzionali", assunto da cui discende che la libertà sessuale va "intesa anche come libertà di vivere senza condizionamenti e restrizioni le proprie preferenze sessuali", in quanto espressione del diritto, tutelato dall'art. 2 della Costituzione, alla realizzazione della propria personalità. Quando, tuttavia, la Corte di legittimità è passata ad applicare al caso concreto i principi sopra richiamati, dopo aver precisato che le norme sanzionatrici dell'omosessualità "sono in astratto persecutorie", ha poi prospettato una problematica distinzione tra la sanzione penale prevista con riferimento alla "qualità dell'agente" e quella riferita "alle pratiche che dalla stessa eventualmente conseguano". Trattasi, a nostro avviso, di una interpretazione particolarmente restrittiva, oltre che inconsistente, dal momento che traccia una demarcazione difficilmente riscontrabile nella realtà: le sanzioni penali, infatti, puniscono generalmente delle condotte collegate all'omosessualità, non l'orientamento omosessuale in astratto⁴⁹.

Tale posizione è stata richiamata nella sentenza della prima sezione penale n. 2907/2008⁵⁰, concernente un cittadino marocchino che aveva disatteso l'ordine del questore di lasciare il territorio italiano per il timore di subire persecuzione in ragione del proprio orientamento sessuale una volta rientrato nel Paese di origine. Il

⁴⁶ Sul punto cfr. le criticità rilevate da Marco Balboni, *op. cit.*

⁴⁷ Tra gli altri, Tribunale di Trieste, sentenza n. 304/2009; Trib. di Torino, sentenza n. 426/2010; Trib. di Milano, n. 195/2012.

⁴⁸ Suprema Corte di Cassazione, Sezione Prima Civile, sentenza n. 16417 del 16 aprile 2007 (depositata il 25 luglio 2007).

⁴⁹ Sul punto si rinvia altresì al commento di Marco Winkler, *La VI sezione civile della Cassazione torna sul tema della protezione internazionale per orientamento sessuale*, 2012, reperibile al sito <www.penalecontemporaneo.it>.

⁵⁰ Suprema Corte di Cassazione, Sezione Prima Penale, sentenza n. 2907 del 23 novembre 2008 (depositata il 18 gennaio 2008).

supremo giudice ha escluso che dall'art. 19, par. 1⁵¹, possa ricavarsi un divieto automatico di espulsione; sarebbe piuttosto compito del giudice al quale il caso è rimesso svolgere un'attenta valutazione dell'assoluta inesigibilità dell'ottemperanza all'ordine del questore da parte del ricorrente. A tal fine, andrebbe verificato se il codice penale marocchino sanziona penalmente l'omosessualità "come pratica personale" o piuttosto "la manifestazione esteriore di 'impudicizia sessuale'". Solo nel primo caso sussisterebbe il rischio grave ed inaccettabile di persecuzione di cui all'art. 19 c. 1 d.lgs. n. 286/98, dal quale deriva il divieto di allontanamento dello straniero.

Finalmente, con l'ordinanza n. 15981/2012⁵², il Supremo giudice supera la distinzione precedentemente operata tra precetti penali, e riconosce incontestabilmente che la sola previsione, nell'ordinamento del Paese di origine del richiedente asilo, di una norma che criminalizza l'omosessualità costituisce un motivo fondato perché possa essere attribuita una forma di protezione al richiedente asilo, senza la necessità di dimostrare che la norma in questione venga applicata. L'ordinanza sopra richiamata si pone come precedente⁵³ in una materia che, come si diceva, solo negli ultimi anni, con il recepimento delle direttive comunitarie, ha subito una sistematizzazione⁵⁴. Il caso all'origine dell'importante pronuncia della Corte di Cassazione ha visto come protagonista un cittadino senegalese, fuggito dal Paese di origine per sottrarsi ai maltrattamenti familiari e al rischio di subire una privazione della libertà personale in ragione dell'orientamento sessuale. Dopo il diniego della protezione da parte della Commissione territoriale competente, il richiedente asilo si era visto respingere il ricorso sia in primo che in secondo grado di giudizio, e si era dunque rivolto al Supremo giudice con due motivi di impugnazione. Con il primo motivo veniva sollevata la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 3 del d.lgs. 251/2007 e dell'art. 8 del d.lgs. 25/2008, dal momento che non sarebbero state valutate adeguatamente le prove richieste a conferma dei timori espressi dal ricorrente, e non sarebbero stati attivati i poteri officiosi che avrebbero consentito di approfondire la legislazione e la situazione sociale del Paese di origine. Con il secondo motivo di ricorso è stata ritenuta erronea la valutazione della Corte di appello, secondo cui non sarebbe desumibile dalla situazione generale del Paese di ori-

⁵¹ L'art. 19 stabilisce dei limiti all'espulsione e al respingimento dello straniero che sia a rischio di persecuzione nel Paese di destinazione (par. 1), oltre che dei minori, delle donne in stato di gravidanza e nei sei mesi successivi al parto (e del coniuge, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 376/2000), dello straniero in possesso della carta di soggiorno e di quello convivente con parenti entro il quarto grado o con il coniuge italiano (par. 2).

⁵² Corte di cassazione, sezione sesta civile, ordinanza del 29 maggio 2012, n. 15981, *T.T. contro Ministero dell'Interno*.

⁵³ Infatti occorre precisare che la sentenza n. 16417/2007, sulla quale ci siamo soffermati sopra, non riguardava la materia della protezione internazionale, ma aveva avuto origine da un procedimento di espulsione ex art. 19 D.Lgs. 286/1998.

⁵⁴ Al riguardo Paolo Bonetti, *op. cit.*

gine la condizione individuale di perseguitato. Il ricorrente sosteneva infatti che la repressione penale dell'omosessualità comporta necessariamente un pregiudizio nell'esercizio di un diritto fondamentale, ovvero la libertà nella sfera privata ed affettiva, per tutte le persone omosessuali.

La Corte di cassazione parte proprio dall'esame di questo secondo motivo, ritenuto logicamente pregiudiziale al primo, per giungere a dare ragione al ricorrente. Come si è visto, già nella sentenza n. 16417/2007 era stato precisato che per persecuzione deve intendersi "una forma di lotta radicale contro una minoranza", che può anche derivare da una disposizione incriminatrice del comportamento che intende contrastare. È un dato di fatto che in Senegal le persone omosessuali siano costrette a violare la legge per poter vivere liberamente la propria sessualità. L'ordinamento di detto Paese prevede, infatti, che le relazioni tra persone dello stesso sesso vengano sanzionate con una pena detentiva da 1 a 5 anni, oltre che con un'ammenda da 100000 a 1500000 franchi CFA. Alla luce di tali considerazioni, il Supremo giudice giunge pertanto ad affermare che la sanzione penale delle relazioni omosessuali "costituisce di per sé una condizione generale di privazione del diritto fondamentale di vivere liberamente la propria vita sessuale ed affettiva", che "si riflette, *automaticamente*, sulla condizione individuale delle persone omosessuali ponendole in una situazione di oggettiva persecuzione tale da giustificare la concessione della protezione richiesta" (corsivo aggiunto).

In quanto al secondo motivo di doglianza, il Supremo giudice ha rilevato come la Corte di appello non abbia svolto compiutamente l'istruttoria, né con riguardo all'orientamento sessuale del ricorrente, tanto meno con riguardo alla situazione del Paese di origine dello stesso. L'ordinanza in esame non si sofferma sul regime dell'onere della prova e sulla valutazione della credibilità del richiedente, che rappresentano tra gli aspetti più problematici nell'esame delle domande delle persone LGBTI⁵⁵. Rispetto a tale questione possono tuttavia richiamarsi due ordinanze gemelle rese dalla Cassazione in materia di asilo, la n. 6879/2011 e la n. 6880/2011, nelle quali è stata posta fortemente l'attenzione sui poteri officiosi di indagine e di informazione del giudice dinanzi al quale è presentata l'impugnazione del diniego della protezione internazionale da parte della Commissione territoriale. Viene ivi precisato che, se grava in primo luogo sul richiedente l'onere di circostanziare la domanda, anche le autorità esaminatrici sono tenute a 'cooperare' all'accertamento delle condizioni richieste dalla legge (art. 3.1 del d.lgs. n. 251/2007). A rafforzare tale previsione è l'art. 8 del d.lgs. n. 25/2008, di attuazione della direttiva 2005/85/CE, secondo cui la stessa autorità esaminatrice (la Commissione territoriale in prima battuta, il giudice in caso di ricorso avverso la decisione della stessa) ha l'obbligo di procurarsi autonomamente le informazioni precise e aggiornate sulla situazione del Paese di origine. In quanto alla questione della credibilità, l'art. 3.5

⁵⁵ UNHCR, *Guidelines*, cit., par. 62 ; *Guidance*, cit., par. 35 e ss.

del d.lgs. n. 251/2007 stabilisce che, quando pure il richiedente asilo non abbia fornito le prove a fondamento della domanda avanzata, la stessa è comunque da considerarsi veritiera se sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo per circostanziare la domanda, se gli elementi pertinenti in possesso del richiedente asilo siano stati prodotti e sia stata fornita una idonea motivazione dell'eventuale mancanza di altri elementi significativi, se le dichiarazioni rilasciate possano essere ritenute coerenti e plausibili e non siano in contraddizione con le informazioni generali e specifiche pertinenti al caso di specie. Tali principi sono stati espressamente richiamati sia nell'ordinanza 6879/2011, sia nella sentenza 26822/2007, con la quale il giudice di legittimità ha confermato l'applicazione ai procedimenti in materia di asilo del rito camerale (secondo quanto disposto dall'art. 35 del d.lgs. 25/2008), preferibile per ragioni di celerità e di semplicità. La sentenza da ultimo richiamata è rilevante anche per la considerazione attribuita ad elementi quali la diligenza e la buona fede del richiedente in caso di quadro probatorio insufficiente, attraverso la quale viene a determinarsi un "chiaro rivolgimento delle regole ordinarie sull'onere probatorio"⁵⁶.

Tornando, dunque, all'esame dell'ordinanza 15981/2012, la Suprema Corte ha accolto il ricorso e ha rimesso il caso alla Corte di appello di Trieste perché acquisisca gli elementi necessari a verificare l'orientamento sessuale del ricorrente e gli eventuali cambiamenti nella legislazione e nell'atteggiamento della società senegalese nei confronti di gay e lesbiche. La pronuncia sulla quale ci siamo soffermati riveste un'importanza considerevole giacché chiarisce la posizione del Supremo giudice con riguardo alla questione della protezione da accordare ai richiedenti asilo che fuggono da Paesi nei quali le relazioni tra persone dello stesso sesso sono criminalizzate, conformandola a quanto già disposto dal legislatore italiano. Un passo ulteriore, dunque, verso una maggiore certezza del diritto in un settore nel quale la difformità delle prassi e dei giudicati rischia di ripercuotersi negativamente su una categoria di persone caratterizzata da una condizione di forte vulnerabilità.

5. Considerazioni conclusive

La presente indagine ha permesso di evidenziare il diverso livello di protezione riservato dalla Convenzione europea dei diritti umani e dal diritto dell'Unione europea, da una parte, e dall'ordinamento italiano, dall'altra, alle persone LGBTI a rischio di subire sanzioni penali in ragione dell'orientamento sessuale in caso di rinvio nel Paese di origine. Come si è avuto modo di dimostrare, la Corte di Strasburgo non ha sviluppato in questo settore una giurisprudenza significativa. I casi giunti all'attenzione del suddetto organo si sono risolti in decisioni di non ricevibi-

⁵⁶ Maria Acierno, "Il riconoscimento dello status di rifugiato politico: il procedimento e l'onere della prova al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione", in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2/2008.

lità – dall’iter argomentativo alquanto criticabile – o di radiazione dal ruolo. Anche il diritto dell’Unione europea suscita perplessità per la lettura particolarmente restrittiva che sia il legislatore sia l’organo giurisdizionale hanno fornito della nozione di ‘particolare gruppo sociale’.

Un livello di protezione più elevato è riscontrabile invece nell’ordinamento italiano, come dimostra l’ordinanza 15981/2012 della Corte di Cassazione. Alla luce di quanto illustrato nei precedenti paragrafi, si ritiene pertanto di poter affermare che per certi aspetti l’Italia ha sviluppato un orientamento maggiormente favorevole nei confronti dei richiedenti asilo perseguitati in ragione dell’orientamento sessuale rispetto a quanto si riscontra nelle organizzazioni sovranazionali delle quali detto Paese è membro. È infatti stata espressamente prevista in via normativa la possibilità di riconoscere una forma di protezione al richiedente asilo proveniente da un Paese nel quale le relazioni tra persone dello stesso sesso sono sanzionate penalmente, senza la necessità di verificare se dette sanzioni trovino in concreto applicazione. In Italia, dunque, è la criminalizzazione in sé della condotta omosessuale ad essere considerata persecutoria. Va precisato che non tutti gli Stati membri dell’UE ritengono sufficiente la mera presenza di una norma sanzionatrice delle relazioni tra persone dello stesso sesso perché il richiedente asilo sia meritevole di protezione. Alcuni, come Danimarca, Norvegia, Bulgaria, Spagna e Finlandia, subordinano l’accoglimento della domanda alla dimostrazione che il richiedente sia già stato perseguito dalle autorità statali in ragione dell’orientamento sessuale; altri, come Francia, Belgio, Svezia, Regno Unito, Irlanda, Lituania, Polonia, Germania, Austria e Olanda, alla concreta attuazione della norma sanzionatrice⁵⁷. È evidente, pertanto, come anche in uno spazio giuridico comune come quello dell’Unione europea le normative e le prassi statali siano divergenti. Tale considerazione è valida altresì con riguardo al test della discrezione, ancora applicato, seppure con gradazioni diverse, nella maggior parte degli Stati membri dell’UE, eccetto che in Italia, dove né le Commissioni territoriali, né i giudici di legittimità e di merito attribuiscono rilievo all’elemento della riservatezza al fine dell’accoglimento della domanda⁵⁸. Trattasi indubbiamente di un orientamento di favore che allinea l’ordinamento italiano alle direttive dell’Alto Commissariato delle NU per i rifugiati.

Alla luce dell’indagine condotta, è evidente che la strada da percorrere perché i richiedenti asilo LGBTI trovino un’effettiva tutela è ancora lunga. Il riconoscimento dello status di rifugiato o di altre forme di protezione dovrebbe rappresentare una scelta obbligata quando nel Paese di origine sussista il rischio per gli stessi di subire persecuzione in ragione dell’orientamento sessuale. È pertanto auspicabile

⁵⁷ Sabine Jansen, Thomas Spijkerboer, *op.cit.*

⁵⁸ Simone Rossi, *La protezione internazionale in caso di persecuzione per motivi di orientamento sessuale e di identità di genere. Linee guida internazionali, riferimenti normativi e casistica giurisprudenziale in Italia*, 2011, reperibile al sito <www.asgi.it>.

un'armonizzazione delle normative e degli orientamenti degli Stati europei (*in primis* di quelli che fanno parte dell'UE) a partire dalle direttive dell'UNHCR che abbiamo preso in esame. Tuttavia, una strategia efficace a livello globale non può limitarsi a prevedere forme di protezione per coloro che vengono criminalizzati in ragione dell'orientamento sessuale, ma deve porsi quale obiettivo la lotta alla discriminazione e la messa al bando di quelle normative e di quelle sanzioni che ne sono il prodotto e che, a loro volta, contribuiscono a riprodurre un clima di intolleranza.



Prodotto da

IL TORCOLIERE • *Officine Grafico-Editoriali d'Ateneo*
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI "L'Orientale"
Luglio 2014

