

UNIONE EUROPEA E CEDU: ANALISI COMPARATA DELLA GENESI E DEI PRIMI SVILUPPI DELLA RISPETTIVA AZIONE, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALLA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

di Oreste Pollicino
(31 gennaio 2012)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Genesi e missione originaria dei due sistemi. – 3. Le rispettive peculiarità interordinamentali. – 3.1. Il sistema CEDU. – 3.2. Il sistema comunitario. – 4. La natura internazionale originaria delle due Corti europee. – 5. L'emersione della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario. – 5.1. La fine del periodo "glorioso" ed il primo rallentamento post-Maastricht della Corte di giustizia. – 6. La dimensione CEDU: il primo periodo e la "partenza al rallentatore" della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6.1. Dai primi anni settanta alla riforma del protocollo 11, ovvero dall'inversione di rotta all'*overload* di ricorsi. – 7. Conclusioni.

1. Si è avuto modo, in precedenti occasioni¹, di argomentare come, ultimamente, sembra assistersi ad un parziale riavvicinamento tra "l'idea" che la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo hanno dell'impatto, rispettivamente, di CEDU e diritto dell'Unione sugli ordinamenti degli Stati parti di entrambe le organizzazioni sovranazionali. Il che, si è anche aggiunto, sembrerebbe essere principalmente dovuto alle differenti, se non opposte reazioni delle due Corti europee alle assai peculiari problematiche che ciascuna di esse si è trovata ad affrontare all'indomani dell'allargamento ad est di Consiglio d'Europa da una parte ed Unione europea dall'altra.

In questa sede, l'idea è invece quella di concentrarsi su quello che sembra poterci essere a monte i già menzionati scossoni interordinamentali post-allargamento ad est dell'Europa.

In particolare, si vuole proporre un approfondimento che abbia ad oggetto il momento fondativo dei due sistemi sovranazionali, in modo da provare a dimostrare come la assai significativa divergenza (ancor esistente seppur in via di parziale riavvicinamento a seguito del processo di allargamento dell'Europa ad est) relativa all'impatto ordinamentale del diritto, specie di matrice giurisprudenziale, prodotto, rispettivamente dalle due organizzazioni sovranazionali, non caratterizzasse *ab origine* la "genesi" dei sistemi oggetto di indagine. Al contrario, l'intento è quello di fare emergere come, da una parte, alle origini, detti sistemi, così come immaginati dai Padri Fondatori, avessero, a ben vedere, delle implicazioni interordinamentali molto più vicine rispetto a quanto si possa pensare e, dall'altra parte, fare emergere come il solco, originariamente, presente ma non così evidente, si sia amplificato soltanto in un secondo momento del processo di integrazione proprio dei due sistemi sovranazionali. Il che, come si vedrà, sembra dovuto ad una partenza assai accelerata, dopo un primo periodo di assestamento, della Corte di

¹ Cfr. O. Pollicino, [Corti europee ed allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali, in Il Diritto dell'Unione europea, 2009, 1 ss.](#) e, in una prospettiva che combina un approccio metodologico di diritto europeo comparato ad un'altra di diritto pubblico comparato, v. O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, Giuffrè, 2010.

giustizia², a cui ha fatto da contraltare, un avvio, che non poteva essere più “al rallentatore”, dell’attività della Corte europea dei diritti dell’uomo.

Non ci sono dubbi che una prima obiezione a chi, accingendosi a comparare, sotto il profilo dell’impatto interordinamentale, missioni e caratteristiche peculiari del sistema comunitario e della CEDU, iniziasse la sua analisi dal rispettivo momento fondativo, sarebbe molto probabilmente quella che, fino all’emergere, a metà degli anni settanta, di una giurisprudenza della Corte di giustizia che, prendendo finalmente “sul serio”³ la tutela dei diritti fondamentali all’interno dell’ordinamento comunitario, avrebbe richiamato espressamente la CEDU e posto le prime interconnessioni esplicite tra i sistemi anzidetti, i punti di contatto tra gli stessi sarebbero stati così esigui da non meritare un approfondimento comparativo.

Nonostante la sua apparente ragionevolezza l’obiezione, però, non sarebbe del tutto fondata, in quanto non prenderebbe nella dovuta considerazione due profili la cui indagine intende costituire la struttura portante di questo lavoro. Si fa riferimento, in primo luogo, ad alcuni aspetti strutturali dei due processi di integrazione oggetto di analisi che avvicinavano, già *ab origine*, le due esperienze sovranazionali a confronto, tanto per quanto riguarda le ragioni e gli obiettivi del loro costituirsi, quanto in riferimento alla loro capacità di incidenza interordinamentale.

In secondo luogo, la stessa obiezione non terrebbe nel debito conto le posizioni di partenza delle due Corti europee che, pur in presenza di notevoli punti di divergenza, sembrano caratterizzarsi per avere una base comune.

2. Iniziando dall’esame del primo dei due profili appena menzionati, «se tra la polvere e le ceneri» di quello che restava del vecchio continente alla fine della seconda guerra mondiale, «nell’intenso periodo di crisi generale, in cui gli stati nazionali giaceranno fracassati al suolo»⁴, vi era un qualche punto fermo, uno di questi era certamente costituito dall’esigenza assai sentita, tra governanti e governati del tempo, dell’adozione di un nuovo ordine che potesse placare la fame insaziabile dello Stato-nazione e scongiurare l’ipotesi di un terzo, finale, conflitto mondiale.

L’idea forte era quella che sarebbe stata necessaria una maggiore solidarietà tra i Paesi europei che avrebbe dovuto trovare espressione in una cooperazione assai più integrata rispetto a quella alla base della Società delle Nazioni, il cui fallimento più grande, a tacer d’altro, è stato quello di non aver saputo evitare il sanguinoso e fratricida conflitto mondiale.

Cooperazione che avrebbe dovuto comportare la costruzione di un ordinamento sovranazionale in cui gli Stati avrebbero dovuto rinunciare alla loro sovranità assoluta,

² Vedi per tutti, A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità europee*, Napoli, Jovene, 1967.

³ Il riferimento è, ovviamente, a J.H.H. Weiler, N. Lockhart, “*Taking rights seriously*”: *the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence*, in *Common Market Law Review*, 1995, 51 ss. (parte I) 1995, 579 ss. (parte II).

⁴ La frase volutamente viola le regole della *consecutio temporum*, in quanto la declinazione al futuro serve non solo a riprendere testualmente un passo del “Manifesto” di Altiero Spinelli, ma anche a sottolineare la capacità di anticipazione della storia che a quest’ultimo, scrivendo il suo manoscritto su carta di sigarette nel 1941 durante il suo confino sull’isola di Ventotene, di certo non mancava.

come Luigi Einaudi aveva già con forza richiesto, quasi profeticamente, nel 1918⁵ ed Altiero Spinelli ribadito in piena guerra, nel 1941, dando una forma ed un'anima a tale costruzione⁶.

È sulla base di questi presupposti che nel 1948⁷, all'Aia, in occasione della conferenza internazionale del movimento federalista europeo⁸ che vedeva 173 delegati di sedici Paesi europei, Winston Churchill, presidente onorario, testualmente sottolineava che «we desire a united Europe, throughout whose area the free movement of persons, ideas and goods is restored. We desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition. We desire a Court of Justice with adequate sanctions for implementation of this Charter»⁹.

⁵ Nel celebre articolo *Il dogma della sovranità e l'idea della Società delle Nazioni* che Luigi Einaudi pubblicò nel dicembre del 1918 sul *Corriere della Sera*, il grande economista liberale italiano, rintracciando, per l'appunto, nella mancata rinuncia alla sovranità assoluta da parte degli Stati il peccato originale e portatore del germe della guerra che avrebbe inficiato alla base la costruzione della Società delle Nazioni, richiamava, senza mezzi termini, l'esigenza di distruggere e bandire per sempre il «dogma della sovranità perfetta», dal momento che «la verità è il vincolo, non la sovranità degli Stati» e, ancora, «che la verità è l'interdipendenza dei popoli liberi, non la loro indipendenza assoluta». E aggiungeva che «lo Stato isolato e sovrano perché bastevole a sé stesso è una finzione dell'immaginazione; non può essere una realtà. Come l'individuo isolato non visse mai, salvo che nei quadri idillici di una poetica età dell'oro, come l'uomo primitivo buono e perverso dalla società fu un parto della fantasia di Rousseau, mentre invece vivono soltanto uomini uniti in società con altri uomini [...], così non esistono Stati perfettamente sovrani, ma unicamente Stati servi gli uni degli altri; uguali e indipendenti perché consapevoli che la loro vita medesima, che il loro perfezionamento sarebbe impossibile se essi non fossero pronti a prestarsi l'un l'altro servizio». Un bell'affresco del profilo umano, istituzionale e scientifico dell'uomo, statista e studioso Einaudi lo si trova ora in F. Perfetti, *Luigi Einaudi, Il Presidente che ha insegnato ad amare la libertà*, in *La Comunità internazionale*, 2008, 411 ss.

⁶ Ci si riferisce, evidentemente, al già richiamato Manifesto di Ventotene, in cui Altiero Spinelli e Alberto Rossi, che avevano letto ed apprezzato l'articolo di Einaudi (che era stato professore di Rossi), partivano dalla premessa che «la sovranità assoluta degli Stati nazionali ha portato alla volontà di dominio sugli altri Stati [...]», per sostenere che «è dimostrata la inutilità, anzi la dannosità di organismi, tipo la Società delle Nazioni, che pretendano di garantire il diritto internazionale senza una forza militare capace di imporre le sue decisioni e rispettando la sovranità assoluta degli stati partecipanti», per concludere che «il pericolo più insidioso del dopo guerra, è quello che i paesi vittoriosi faranno di tutto per restaurare la grandezza dello Stato nazione».

⁷ Per una ricostruzione di questo periodo fondativo ed un riferimento alle diverse anime presenti all'interno del movimento federalista cfr. l'efficace sintesi di C. Russo, P.M. Quaini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁸ Tra le personalità di spicco che emersero in quell'occasione non si può non ricordare uno dei Padri, forse il più appassionato, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Pierre-Henry Teitgen. Fu lui ad insistere sull'importanza che l'Europa post-bellica si dotasse al più presto di una carta di diritti e di adeguati strumenti per la loro garanzia e fu colui che più credette, sin da subito, al progetto relativo all'istituzione di una corte indipendente che, nella sua proposta, tra l'altro, doveva avere pervasivi poteri di cassazione delle discipline interne in contrasto con la Convenzione. Cfr. il bel ritratto di C. Russo, *Le rôle joué par le professeur Pierre-Henri Teitgen dans l'élaboration de la Convention européenne des droits de l'homme*, in C. Teitgen-Colly (a cura di), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 59 ss. Si aggiunga che lo stesso Teitgen è stato un protagonista di assoluto rilievo anche del parallelo disegno comunitario che portò alla nascita della CECA, di cui fu membro dell'Assemblea comune dal 10-9-1952, data del suo insediamento, sino al 9-12-1958.

⁹ Churchill, in quel periodo capo dell'opposizione, non parlava ovviamente a nome del Governo inglese, che era invece fermamente contrario al progetto di una federazione europea, come dimostra la circostanza che non inviò nessun rappresentante in Olanda in occasione dell'incontro del movimento federalista. Due anni prima, in un discorso pronunciato il 19-9-1946 a Zurigo, lo stesso Churchill testualmente affermava, a proposito del tragico scenario post-bellico in Europa e della possibilità di un progetto comune a livello sovranazionale, che «occorre un rimedio che, come per miracolo, trasformerebbe la situazione e, nello spazio di qualche anno, renderebbe tutta l'Europa così libera e felice come lo è adesso la Svizzera. Noi dobbiamo creare una sorta di Stati Uniti d'Europa». Nonostante tali aperture al

Non ci poteva essere più autorevole sintesi¹⁰ del legame che, in quel momento fondativo della costruzione di un'Europa al di là dello Stato-nazione, teneva ben stretti gli obiettivi, da una parte, della creazione di un mercato comune europeo in cui non ci fossero ostacoli alla libera circolazione delle merci e, dall'altra parte, della tutela dei diritti fondamentali attraverso una Carta che ne sottolineasse l'inviolabilità ed una Corte che ne garantisse l'effettività della tutela.

Sintesi, dunque, tra mercato e protezione dei diritti fondamentali in Europa¹¹, ovvero tra ciò che è considerato base fondante, rispettivamente, della Comunità economica europea e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹².

progetto federativo europeo, è poco probabile che Churchill pensasse effettivamente ad una federazione europea che includesse anche il Regno Unito. Basti pensare che, nel quadriennio 1951-1955, che lo rivide Primo Ministro, non fu certamente una priorità del suo premierato il coinvolgimento dell'Inghilterra nei processi di integrazione che nascevano a livello sovranazionale. Tutt'altro.

¹⁰ Si aggiunga che la risoluzione adottata dal Congresso includeva i due seguenti paragrafi: «4. The European Union or Federation should be open to all democratic European nations which undertake to respect fundamental human rights. 5. A European Court of Human Rights backed with adequate sanctions should be established to adjudicate in cases of alleged violation of these rights». Cfr. *The European Movement and the Council of Europe, Published on Behalf of the European Movement*, Londra, Hutchinson, 1949, 35. Non può non ricordarsi, con riguardo specificamente alla proposta originaria relativa all'istituzione di una Corte europea dei diritti dell'uomo nell'ambito della Convenzione che, agli inizi del 1949, si insediò un comitato giuridico del movimento federalista europeo, sotto la presidenza congiunta di Pierre-Henri Teitgen, allora già ex Ministro della giustizia in Francia, ed al quale si è già fatto riferimento, di Sir David Maxwell-Fyfe (che in seguito sarebbe divenuto Lord Chancellor Kilmuir) e del professore belga Fernand Dehousse, che più tardi sarebbe stato nominato presidente dell'Assemblea del Consiglio d'Europa. I tre *rapporteurs* trasmisero al Comitato dei Ministri ed all'Assemblea una bozza di Convenzione europea sulla tutela dei diritti umani, che fu presentata alla prima sessione del Consiglio d'Europa nell'agosto del 1949. Ai sensi di quella bozza, la Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisdizione doveva essere immediatamente obbligatoria per gli Stati contraenti, avrebbe potuto ricevere dei ricorsi da parte della Commissione, di uno degli Stati contraenti e, previa autorizzazione della Commissione, di ciascun individuo «for the purposes of determining any relevant question of fact or point of law coming within the jurisdiction of the Court». Ancora più interessanti gli effetti di natura caducatoria che si proponeva di attribuire alle decisioni della Corte. Veniva infatti espressamente previsto che «the Court may either prescribe measures of reparation or it may require that the State concerned shall take penal or administrative action in regard to the persons responsible for the infringement, or it may demand the repeal, cancellation or amendment of the act». Cfr. *The European Movement*, cit., 38.

¹¹ E' per l'appunto su tale sintesi tra la componente del mercato e quella dei diritti che Mareille Delmas-Marty fonda la sua idea di *ius commune europeo*, che come la stessa A. sottolinea al riguardo, comprende, almeno *ab origine*, sia la CEDU che il diritto comunitario. Più precisamente, l'A. appena citata nota che «[...]quelques pionniers visionnaires comme René Cassin ou Jean Monnet, s'attachent alors à construire l'Europe, l'objectif immédiat étant plus politique que juridique: faire l'obstacle à la barbarie, empêcher le retour de la guerre. Au milieu d'une éclosion d'institution e de norme juridiques sans précédent, des fragments de droit commun surgissent, principalement dans de double cadre des Communautés puis de l'Union européenne, à dominante économique, et du Conseil de l'Europe, à dominante éthique». Così M. Delmas Marty, *Le rôle du juge européen dans la renaissance du jus commune*, in AAVV., *Protection de droits de l'homme, la perspective européenne*, Colonia, Verlag, 386 ss., 398.

¹² A supporto di tali riflessioni può essere utile riflettere su quanto recentemente osservato da Guy Harpaz, ossia che «formally, the EU was founded as an economic regime, while the ECHR was established as a human rights regime. Yet, they do share a common historical background [...] it is precisely because Europe was not born with the Council of Europe or the European Economic Communities just after the War, but very much earlier, at the convergence of great currents of thought which crossed the continents since Roman law, that it is possible now – literally – to extract the contents of a shared 'democratic necessity'. More concretely, both regimes were established in the aftermath of the same "constitutional moment" in European history, namely the end of the Second World War and the resultant collective revulsion to its horrific consequences. Hence both regimes shared a similar *raison d'être*, namely the replacement of the old world order with an order that would guarantee peace, stability and a high degree of protection of human rights».

Da lì a qualche anno, dopo alcuni tentativi falliti di dotare la nascente costruzione comunitaria di un respiro assai più ampio rispetto a quello che avrebbe assunto ai sensi del Trattato di Roma¹³, gradualmente, ma inesorabilmente, i due percorsi iniziarono a distanziarsi; non però in maniera così drastica come generalmente si tende a credere, perché in ognuno di essi era destinato a rimanere almeno un germe, come si vedrà, dell'essenza su cui l'altro si fonda¹⁴.

Volendo identificare i due fattori forse più significativi tra quelli che portarono a detto distanziamento, essi sembrano essere rappresentati, da una parte, dal progressivo deterioramento, negli anni immediatamente successivi alla fine del conflitto mondiale, dei rapporti tra l'Unione sovietica (che intanto consolidava la sua posizione dominante nell'Europa centro-orientale) e le potenze occidentali e, dall'altra parte, dal fallimento, con il no della Francia alla Comunità Europea di Difesa, del tentativo di porre in essere un'integrazione a livello comunitario assai più ambiziosa¹⁵.

Per quanto riguarda il primo profilo, la politica spregiudicata di Stalin, cui si aggiungevano le preoccupazioni legate al riarmo della Germania, creò grande preoccupazione nelle democrazie occidentali, ed in particolare in Inghilterra, sul possibile avanzamento da est del comunismo e su una possibile rinascita di un'ideologia neonazista in Germania.

In entrambi i casi, dunque, lo spettro era quello di una riduzione sostanziale del livello di protezione dei diritti fondamentali presente nelle democrazie europee occidentali, a cominciare, per l'appunto, da quella inglese.

Per tali ragioni, nonostante gli auspici di Churchill, il Governo laburista dell'Inghilterra post-bellica¹⁶ preferì combinare ad alleanze di tipo militare di matrice chiaramente antisovietica¹⁷, l'iniziativa finalizzata all'istituzione di un'organizzazione internazionale, quale quella del Consiglio d'Europa¹⁸. L'intento era evidente: unire, anche simbolicamente, le de-

Così G. Harpaz, *The European Court of Justice and its Relation with the European Court of Human Rights: the Quest for Enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy* in *Common Market Law Review*, 2009, 105 ss., 126. Vedi anche le intuizioni, in questa direzione, presenti in uno degli ultimi lavori di G. De Burca, *The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor*, in http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1705690

¹³ Ci si riferisce, evidentemente, ai progetti relativi alla costruzione di una Comunità Europea di Difesa e, specialmente, di una Comunità Politica Europea

¹⁴ Supporta tale prospettiva di indagine, tra gli altri, lo scritto di G. Quinn, *The European Union and the Council of Europe on the Issue of Human Rights: Twins Separated at Birth?*, in *McGill Law Journal*, 2001, 849 ss.

¹⁵ Cfr. A. Padoa-Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, il Mulino, 2003, spec. 581-585.

¹⁶ Nel 1945 i conservatori perdevano le elezioni e Churchill sarebbe stato fino al 1951, anno in cui sarebbe ridiventato Primo Ministro, capo dell'opposizione.

¹⁷ Si fa riferimento all'Unione dell'Europa Occidentale (UEO) – che trae le proprie origini dal Trattato di Bruxelles del 17-3-1948 – e che, pur non prevedendo ancora la costituzione di una organizzazione internazionale, diede vita ad un patto di autodifesa collettiva tra i cinque Stati contraenti (Belgio, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Regno Unito) ed, ovviamente, alla NATO, istituita con il Trattato di Washington del 1949. Obiettivo prioritario della NATO è la salvaguardia della sicurezza e della libertà degli Stati firmatari attraverso mezzi politici e militari, conformemente ai principi dello Statuto delle Nazioni Unite.

¹⁸ Lo Statuto del Consiglio d'Europa venne firmato il 5-5-1949, al S. James Palace Hotel di Londra, dai suoi dieci Stati fondatori che, oltre al Regno Unito, furono il Belgio, la Danimarca, la Francia, l'Irlanda, l'Italia, il Lussemburgo, la Norvegia, i Paesi Bassi e la Svezia. In seno all'UEO si decise la natura della nuova organizzazione internazionale che si stava per istituire. Nell'ottobre del 1948 si opposero due diverse posizioni. Da una parte, la Gran Bretagna, affiancata dai Paesi scandinavi, premeva per la creazione di un "Comitato di Ministri" che sarebbe stato coadiuvato da un'Assemblea puramente rappresentativa con poteri assai limitati; dall'altra parte il Belgio e la Francia, invece, proponevano l'istituzione di un'Assemblea consultiva indipendente dai Governi, con competenze molto più estese. Nella riunione dei Ministri degli Affari Esteri del 28-1-1949 prevalse la soluzione britannico-scandinava e l'Assemblea

mocrazie occidentali del tempo al fine di far fronte comune contro ogni tentativo di riemersione di derive totalitaristiche e, contemporaneamente, affermare la superiorità della *rule of law* e delle acquisizioni liberali relative alla protezione dei diritti fondamentali rispetto al credo dell'antagonista modello comunista.

In relazione, invece, al secondo degli elementi richiamati, l'idea di un'organizzazione europea ad alta vocazione integrazionista, progettata su quell'onda di entusiasmo che aveva visto l'emergere della Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio¹⁹, era stata frustrata dal fallimento della Comunità Europea di Difesa²⁰, in cui De Gasperi e Spinelli avevano cercato di "iniettare", riuscendovi solo in parte, quello spirito federativo proprio del Manifesto di Ventotene²¹.

Si decise, dunque, di ritornare alla logica più pragmatica che aveva portato al successo della CECA²², facendo tesoro di quella "politica dei piccoli passi" alla base della strategia gradualistica di Jean Monnet²³, che avrebbe costituito un filo rosso nel processo

venne relegata ad un ruolo puramente consultivo, benché indipendente dai Governi. Cfr. S. Bertozzi, *Crocevia della grande Europa: il Consiglio d'Europa, l'Unione Europea, l'Osce*, Bologna, Clueb, 2001, 17 ss.; A.H. Robertson, *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, Londra, Stevens, 1956 e F. Benoît-Rohmer, H. Klebes, *Council of Europe Law, Towards a Pan-European Legal Area*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2005.

¹⁹ CECA che, come si accennerà più avanti, era dotata di una vocazione alla sovranazionalità assai maggiore rispetto a quella caratteristica della futura Comunità economica europea. È peraltro assai noto che l'obiettivo di mettere sotto il controllo di un'Alta Autorità i giacimenti di acciaio e ferro delle regioni di confine franco-tedesche dell'Alsazia e della Lorena nasceva proprio con l'intento di evitare altre guerre fratricide («l'Unione delle nazioni esige l'eliminazione del contrasto secolare tra la Francia e la Germania», si legge nella dichiarazione *Schuman* del 1950). Intento, quest'ultimo, che ha animato tutte le iniziative della comunità internazionale europea post-bellica, compresa quella relativa all'istituzione del Consiglio d'Europa.

²⁰ Trattato firmato a Parigi il 27-5-1952 che non entrò mai in vigore per il rifiuto dell'Assemblea nazionale francese, espresso il 30-8-1954, di ratificarlo.

²¹ La Comunità Europea di Difesa (CED) costituiva soltanto l'occasione per partire da una integrazione limitata agli aspetti militari per giungere ad una integrazione politica ed economica. Alcide De Gasperi, uno degli ispiratori, insieme a Jean Monnet, del progetto, non considerando possibile «una vera unità organica dell'esercito» senza una graduale unità politica e un contemporaneo processo di unificazione economica, riuscì a far inserire nella bozza del Trattato un articolo che prevedeva impegni e scadenze precise «per garantire lo sbocco federativo». Nel corso della Conferenza dei sei Ministri degli esteri degli Stati membri della CECA, tenutasi l'11-12-1951 a Strasburgo, lo stesso De Gasperi propose, con successo, che la CED fosse dotata fin da principio di una Assemblea con veste di "precostituente europea", con il compito di preparare entro sei mesi la trasformazione in un organismo federale basato sul sistema bicamerale e sulla divisione dei poteri. Basti pensare che il progetto comprendeva anche la futura istituzione di una Comunità Politica Europea (CPE), vero e proprio embrione di una Costituzione federale, il cui Statuto, che prevedeva, fra l'altro, l'elezione a suffragio universale e diretto di una delle due Camere del legislativo comunitario, era stato redatto dall'Assemblea allargata della CECA. Da notare come in tale Statuto fosse espressamente prevista l'esigenza di porre alla base di una concezione condivisa di una Comunità europea il rispetto e la tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali. Cfr. A.H. Robertson, *The European Political Community*, in *British Yearbook of International Law*, 1952, 383 ss.

²² Cfr., per un bello e originale racconto di questa fase fondativa e delle conseguenze, in particolare, del fallimento della Comunità Europea di Difesa per un ritorno ad una logica di integrazione più pragmatica e di breve-medio periodo, A. Grilli, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2009, spec. 37 ss. dove si fa riferimento al «ripiegamento sull'economia» delle aspirazioni più politiche e "costituzionali" della costruzione comunitaria. Sulle "origini" di tale costruzione, tra la assai ampia bibliografia, cfr. almeno i classici F. Chabod, *Storia dell'Idea d'Europa*, Bari, Laterza, 1961 e A. Spinelli, *Il progetto europeo*, Bologna, il Mulino, 1965.

²³ Già contenuta nel celebre passaggio della dichiarazione di Robert Schuman del 9-5-1950, ideata, come è notissimo, da Jean Monnet, in cui si legge, tra l'altro, che «l'Europa non potrà farsi una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto». Considerazioni, queste, alla

di integrazione comunitaria e, dunque, iniziando a porre le basi per un mercato unico europeo con la conclusione, nel 1957, del Trattato di Roma istitutivo della Comunità economica europea.

Quest'ultima si caratterizzava dunque, evidentemente, per una vocazione economica che però, a detta di molti, non escludeva, ma solo rimandava un progetto di integrazione sovranazionale a vocazione più generale, che includesse anche la sfera sociale e politica²⁴.

Concentrandosi, adesso, sulle ragioni alla base dell'istituzione del Consiglio d'Europa e, più specificatamente, dell'adozione della CEDU²⁵, molta parte della dottrina²⁶ ha messo in luce come, in entrambi i casi, intenzione quasi esclusiva dei Paesi fondatori sarebbe stata quella di rimarcare, in chiave specialmente simbolica, intrisa ovviamente di implicazioni ideologiche, l'esistenza di un sistema, prima ancora che di diritti, di valori fondamentali proprio delle democrazie occidentali che né l'avanzare autoritario del pensiero unico comunista nell'Europa dell'est, né il possibile riemergere di derive neonaziste o di matrice fascista avrebbero potuto mettere in discussione.

Questa lettura, in chiave esclusivamente retrospettica e di preservazione dello *status quo* delle ragioni alla base della conclusione dei Trattati internazionali che hanno dato vita al Consiglio d'Europa ed alla CEDU, se può essere forse accolta, seppur evidenziandone

base anche, come si legge nella stessa dichiarazione, «della decisione da parte del Governo francese di proporre di mettere l'insieme della produzione franco-tedesca di carbone e di acciaio sotto una comune Alta Autorità, nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri Paesi europei».

²⁴ La tesi prevalente per decenni, quella della “frigidità sociale e politica” delle intenzioni dei sei Stati fondatori, tutte orientate invece, in una prospettiva esclusivamente *market oriented*, a costruire le basi di un (a quel tempo) comunque visionario mercato unico, è stata messa in discussione da chi ha invece opposto alla metafora della “frigidità sociale” quella, non meno ardita, di un «marxismo preterintenzionale», sostenendo che «paradossalmente i Padri fondatori, di tendenze politiche conservatrici, si sarebbero attenuti esattamente alla dottrina marxista: innanzitutto si deve costruire l'infrastruttura economica; successivamente si edificano le sovrastrutture sociali e politiche adeguate». Così M.R. Alaricò Caracuel, *La necessità di un capitolo sociale nella futura costituzione europea*, in *Lavoro e diritto*, 2000, 607 ss., 608-609. Ha ripreso le coordinate del dibattito S. Giubboni, *Verso la Costituzione europea, la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in P. Costanzo, S. Mordegli (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale. Dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, Giuffrè, 2005, 24 ss. Ciò che è certo è che, anche a voler aderire ad una lettura funzionalista riguardo alle intenzioni dei Padri fondatori, non può ignorarsi che, accanto all'obiettivo primario dichiarato della realizzazione di un mercato unico, fosse presente, sin dall'inizio, anche una componente di matrice integrazionista che trovava la sua espressione principale nel passaggio del preambolo del Trattato di Roma in cui i firmatari dichiaravano di «essere determinati a porre le fondamenta di un'Unione sempre più stretta fra i popoli europei», componente che era anche ribadita all'art. 2, laddove si prevedeva espressamente che, attraverso l'instaurazione del mercato unico, la CEE aveva il compito di promuovere una «più stretta relazione tra gli Stati membri che ad essa partecipano».

²⁵ Sottoscritta a Roma il 4-11-1950 da Regno Unito, Norvegia, Repubblica federale tedesca, Saar (divenuta successivamente, nel 1957, parte integrante della Repubblica federale tedesca), Belgio, Olanda, Irlanda, Grecia, Danimarca, Italia Francia, Islanda, Lussemburgo e Turchia. Poche settimane dopo, a Parigi, il 28-11-1950 sottoscrissero la Convenzione Svezia e Grecia. Cfr. A.H. Robertson, *The European Convention for the Protection of Human Rights*, in *British Yearbook of International Law*, 1950, 145 ss. La Convenzione entrò in vigore il 3-9-1953, dopo che i primi dieci Stati contraenti procedettero alla ratifica. In ordine cronologico, relativo al deposito delle ratifiche, essi sono stati Gran Bretagna, Norvegia, Svezia, Repubblica federale tedesca, Saar, Irlanda, Grecia, Danimarca, Islanda e Lussemburgo. L'Italia avrebbe ratificato la Convenzione qualche anno dopo, il 26-10-1955. Cfr. anche A.H. Robertson, *The European Court of Human Rights*, in *American Journal of Comparative Law*, 1960, 1 ss.

²⁶ Cfr. A.H. Robertson, *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, cit., 4 ss.

la sua natura eccessivamente “radicale”, per quanto riguarda il Consiglio d’Europa²⁷, deve essere, invece, certamente contestata in relazione alla CEDU.

Chi, infatti, è andato, non troppo tempo fa, a rileggere gli otto volumi dei *travaux préparatoires* alla Convenzione²⁸, ha confermato quello che si poteva già sospettare guardando tanto al differente grado di stabilità democratica che caratterizzava, al momento della negoziazione del testo, i diversi Paesi fondatori²⁹, quanto al non uniforme livello di apertura nei confronti del diritto internazionale dei loro testi costituzionali³⁰.

Vale a dire che non ci era per nulla un consenso unanime su quale fosse il grado di integrazione a cui avrebbe dovuto ambire il sistema convenzionale e che, dunque, il risultato finale è stato quello di un compromesso tra le diverse posizioni in campo.

²⁷ Per quanto riguarda lo Statuto del Consiglio d’Europa, è evidente che, essendo stato affidato il compito della sua redazione alla delegazione Affari Esteri del Governo inglese (che, più degli altri, come si è detto, spingeva perché non fosse prevista alcuna base per un’ulteriore forma di integrazione tra i Paesi firmatari, e che si prevedesse soltanto una cooperazione tra gli stessi Paesi di natura intergovernativa), esso non si distinguesse per il suo carattere spiccatamente sovranazionale. Lo stesso Statuto faceva però intravedere qualcosa di più di quello che ci aveva visto Sir Gladwyn Jebb (poi diventato Lord, uno dei più attivi negoziatori del testo), ovvero «a mere shadow of a Union». Così Lord Gladwin, *The European Idea*, Londra, Weidenfeld and Nicolson, 1966, 10. Si veda anche A. Simpson, *Britain and European Convention*, in *Cornell International Law Journal*, 2001, 523 ss. e S. Greer, *The European Convention, Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. L’art. 2 dello Statuto fa emergere, infatti, uno spirito integrazionista, stabilendo che il Consiglio d’Europa si prefigge lo scopo di pervenire «ad un’unione più stretta tra i suoi membri». Parte della dottrina ha negato che tale principio, c.d. della “*closer unity*”, abbia potuto effettivamente rappresentare una reale convinzione, da parte dei Paesi fondatori, di accelerare lungo il percorso di un’integrazione sovranazionale ed ha invece proposto di interpretare tale riferimento in maniera analoga a quell’idea di “*closer cooperation*” che aveva già contraddistinto, evidentemente in una logica intergovernativa, il metodo alla base dell’istituzione della Organizzazione per la Cooperazione Economica Europea e dell’Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico, entrambe di poco antecedenti. Cfr. A.H. Robertson, *The Council of Europe. Its Structure, Functions and Achievements*, cit., 5 ss., e S. Greer, *The European Convention*, cit., 14.

²⁸ D. Nicol, *Original Intent and the European Convention on Human Rights*, in *Public Law*, 2005, 152 ss.

²⁹ È stata questa la chiave di lettura che caratterizza il lavoro di Andrew Moravcsik il quale, chiedendosi quali motivazioni possano aver spinto i Governi dei Paesi fondatori della CEDU ad autolimitare la propria sovranità a favore di un’autorità internazionale ed indipendente con il compito di verificare che la protezione statale dei diritti fondamentali non scendesse al di sotto di uno standard minimo di tutela dei diritti fondamentali, si è risposto che le motivazioni maggiori a riguardo le possedevano quelle che lui definisce *newly established democracies* (Italia, Germania ed Austria, ma anche Francia ed Irlanda), in quanto esse avevano «the greatest interest in further stabilizing the domestic political *status quo* against non democratic threats». Non è un caso, infatti, secondo l’Autore per ultimo citato, che tali Paesi abbiano insistito perché, fin dall’inizio, fossero previsti i meccanismi più incisivi nei confronti della sovranità statale, vale a dire la previsione della competenza obbligatoria della Corte ed il diritto al ricorso individuale. Al contrario, per quelle che Moravcsik definisce *established democracies* (nella cui nozione fa rientrare gli Stati con una tradizione democratica continuativa dal 1920, ed in particolare Gran Bretagna, Belgio, Olanda, Norvegia Lussemburgo, Svezia e Danimarca), «the benefits of reducing political uncertainty» sarebbero stati assai minori, alla luce dell’esiguo rischio in questo senso, vista la consolidata esperienza democratica, rispetto ai «sovereignty costs of the membership». Per questa ragione, a detta dell’Autore, la maggioranza di tali Paesi, guidati dallo Stato (UK) con la più forte tradizione di *rule of law*, avrebbe invece fatto pressioni perché i meccanismi ad alta invadenza interordinamentale, come quello della possibilità di un ricorso individuale alla Corte, fossero o del tutto non previsti oppure, quanto meno, vedessero posticipata la loro applicazione. Cfr. A. Moravcsik, *The Origins of Human rights Regime: Democratic Delegation in Post-War Europe*, in *International Organization*, 2000, 217 ss.

³⁰ L’art. 27 della Costituzione francese della IV Repubblica, così come accade oggi per l’art. 55 della Costituzione del 1958, riconosceva la supremazia del diritto internazionale sul diritto interno.

Fatto sta che, come risulta dai lavori preparatori, nove membri (su quindici) dell'Assemblea consultiva guardavano alle istituzioni di Strasburgo «as a nucleus [...] which may develop into a future federal organisation of Europe»³¹.

Evidentemente, a fare da contraltare allo spirito integrazionista prevalente in seno all'Assemblea, vi era l'approccio di matrice assai più intergovernativa che guidava i lavori all'interno del Comitato dei Ministri³².

Così come, accanto a quei Paesi che ambivano ad una integrazione di livello sovranazionale, ve ne erano altri, e primo tra tutti la Gran Bretagna³³, che ritenevano, invece, che il ruolo della Convenzione dovesse essere esclusivamente finalizzato ad avere un effetto, null'altro che simbolico, di rassicurazione sulla non riemersione, in futuro, di ulteriori derive totalitaristiche in Europa³⁴.

Una tale convinzione, che è emersa con continuità anche nelle critiche che una parte dei giudici inglesi ha fatto, nel corso del tempo, all'approccio evolutivo della giurisprudenza della Corte europea³⁵, ha trovato la sua espressione più evidente nella palese avversità con cui il Governo inglese ha guardato alla volontà, emersa in seno ad alcuni dei Paesi primi firmatari³⁶, di prevedere l'istituzione di una Corte che accertasse le eventuali violazioni ai diritti tutelati dalla Convenzione³⁷.

Il che si spiega ancor meglio, se si riflette sul fatto che buona parte dei Paesi fondatori, Gran Bretagna in testa, era convinta che il livello di protezione dei diritti

³¹ Cfr. *Travaux préparatoires*, I, 32, richiamati da D. Nicol, *Original Intent*, cit., 156, nt. 14.

³² Basti pensare, come è stato riferito, che «the Committee of Ministers tried to exclude “human rights” from the agenda of Consultative Assembly. The Assembly prompted reinstated the item, and ended up proposing the Convention». Così D. Nicol, *Original Intent*, cit., 155.

³³ Gran Bretagna che si era, tra l'altro, fatta promotrice dell'iniziativa dell'istituzione del Consiglio d'Europa e della CEDU e che, nel 1948, come è stato ricordato, «was the only European power capable of exercising significant leadership» Così A. Simpson, *Britain and European Convention*, cit., 452, richiamato da S. Greer, *The European Convention*, cit., 14, nt. 32.

³⁴ O, come si legge testualmente nei lavori preparatori, «to reassure the ordinary man that never again can the terrors of those totalitarian regimes overwhelm him». Cfr. *Travaux préparatoires*, I, 98, richiamato da D. Nicol, *Original Intent*, 157, nt. 34.

³⁵ Lord Hoffmann, in un suo articolo di qualche anno fa, notava polemicamente che «when we joined, indeed, took the lead in the negotiation of the European Convention, it was not because we thought it would affect our own law, but because we thought it right to set an example for others and to help to ensure that all the Member States respected those basic human rights which were not culturally determined but reflected our common humanity». Così Lord Hoffmann, *Human Rights and the House of Lords*, in *Modern Law Review*, 1999, 159 ss., 166. D'altronde, che fosse questa l'idea da parte di molti dei Paesi fondatori è confermato da quanto emerge dal volume che raccoglie le riflessioni del movimento federalista europeo, che tanto ha contribuito alla adozione della CEDU, laddove si legge, in particolare, che «the fact that the citizens of the countries in question are fortunate enough to enjoy these rights at the present time, does not make the proposed Convention either unnecessary or valueless. It is not enough to possess freedom; positive action must be taken to defend it [...]. It is essential that, without delay, joint measures should be taken to halt the spread of totalitarianism and the maintain the area of freedom. If the proposed Convention can help to consolidate and broaden the foundations of liberty and can secure the acceptance by the European democracies of a collective responsibility for the defence of human rights, it will be immeasurable value». Così *The European Movement*, cit., 125.

³⁶ In particolare Belgio, Francia, Irlanda ed Italia.

³⁷ Come è stato notato guardando ai lavori preparatori, «UK took the view that since Western Europe already enjoyed human rights, all that was needed was an organization to take action if political changes in any country threatened those rights». Così D. Nicol, *Original Intent*, cit., 164. Sostenevano la posizione della Gran Bretagna, anche se in maniera meno netta, la Danimarca, la Norvegia e la Svezia.

fondamentali previsti dai rispettivi ordinamenti nazionali fosse di gran lunga superiore allo standard, per l'appunto minimo, garantito dalla Convenzione.

Da qui le serie difficoltà ad immaginare quale ruolo, in assenza di infrazioni delle disposizioni convenzionali da parte degli Stati, sarebbe potuto spettare alla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁸.

Alla fine il compromesso³⁹ portò sì all'istituzione di una Corte con competenza ad accertare le violazioni della Convenzione da parte degli Stati membri, ma gli inglesi ebbero, quale contropartita, sia l'attribuzione agli stessi Stati della facoltà (e non dell'obbligo) di accettare che ai singoli fosse riconosciuto un diritto di ricorso individuale di fronte all'allora ancora esistente Commissione europea dei diritti dell'uomo⁴⁰, sia che la competenza della Corte ad essere investita di detto ricorso fosse facoltativa, sottoposta ad una apposita accettazione da parte degli Stati (ex art. 46)⁴¹.

Quello che è certo, alla luce delle osservazioni che si sono fatte, è che sarebbe assai riduttivo confinare la rilevanza del meccanismo convenzionale ad una portata di natura esclusivamente ideologica, tendente al mantenimento dello *status quo*.

³⁸ Così si esprimeva, in particolare, un rappresentante del Governo inglese: «if we rely on the sincerity of the statements contained in the Preamble to the Statute of the Council of Europe, we must consider the possibility of such a dispute as improbable, such as might happen even one a year. If that is the case, the creation ad hoc of a new legal organisation would not be justified». V. Mr. Thomas Ungoed, UK. *Travaux préparatoires*, I, 242.

³⁹ Si veda, per un approfondimento delle negoziazioni che diedero luogo alla soluzione di compromesso ed al contesto ad alta tensione politica che ne ha fatto da sfondo, J. Petaux, *Democracy and Human Rights for Europe, the Council of Europe's Contribution*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 2009, 31 ss.

⁴⁰ Come è noto, fino alla riforma entrata in vigore nel 1998, tutti i ricorsi erano esaminati inizialmente dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo. Ai sensi del disposto originario della Convenzione, il numero dei suoi membri doveva corrispondere al numero degli Stati contraenti. I componenti erano eletti in seno al Comitato dei Ministri sulla base di una lista di nomi preparata dall'Assemblea. Per quanto riguarda le sue competenze, essa si occupava di valutare, in primo luogo, l'ammissibilità dei ricorsi, rigettando tutti quelli che non rispettavano i presupposti procedurali richiesti dalla Convenzione e quelli che erano manifestamente infondati. Se il ricorso era considerato ammissibile, la Commissione approfondiva l'indagine del caso tentando, se lo riteneva opportuno (non ne era obbligata), una composizione amichevole della lite. Se tale tentativo si rivelava improduttivo, la Commissione trasmetteva al Comitato dei Ministri un rapporto dettagliato ed una opinione non vincolante in cui accertava se ci fosse stata o meno violazione della Convenzione nel caso di specie. Entro tre mesi dalla data di adozione di detta opinione, la stessa Commissione o lo Stato convenuto potevano decidere di investire della questione la Corte europea dei diritti dell'uomo, cui spettava il compito di definire con una decisione vincolante la controversia. Se ciò non avveniva, era competenza del Comitato dei Ministri, a maggioranza dei 2/3 dei suoi componenti, adottare una decisione vincolante sul punto, in cui esso accertava se vi era stata o meno violazione della Convenzione. La possibilità di ricorrere alla Corte non era invece originariamente concessa agli individui, ma fu prevista, come notissimo, soltanto a partire dall'entrata in vigore, nel 1994, del protocollo n. 9. Per questa ragione, quando gli Stati dovevano decidere, nei primi anni di esistenza della CEDU, se accettare il meccanismo di *individual petition*, esercitando tale opzione si trattava di decidere se attribuire o meno agli individui la possibilità di ricorrere direttamente di fronte alla sola *Commissione*, non essendoci, come appena sottolineato, fino al 1994, alcuna possibilità per i singoli di ricorrere direttamente di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁴¹ Non è un caso che il Regno Unito sia stato l'ultimo Paese, tra i primi dieci che avevano ratificato la Convenzione nel 1953, a riconoscere, soltanto nel 1966, il diritto al ricorso individuale e la giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Deve invece sostenersi come tale meccanismo, sin dall'origini, facesse anche propria, in comune con il di poco successivo avvio del processo di integrazione comunitaria, una componente prospettica tendente ad una più stretta integrazione⁴² tra gli Stati membri⁴³.

3. Se nella missione e nello spirito originario dei Padri fondatori il sistema comunitario e quello CEDU non erano così lontani come si può essere indotti a pensare, analogamente, a ben guardare, essi non erano così distanti neanche con riferimento alle rispettive caratteristiche originarie di intrusività interordinamentale.

In entrambi i casi, la "genesì" è di diritto internazionale⁴⁴ e, in entrambi i casi, tuttavia, essa si caratterizza per alcune peculiarità che, già *ab initio*, ne esaltavano il potenziale di incidenza sulla sovranità degli Stati membri.

3.1. Per quanto riguarda la Convenzione dei diritti dell'uomo, la sua natura *sui generis*, sotto un profilo contenutistico, vale a dire il fatto che si tratti, come nel caso di molte delle carte regionali di protezione dei diritti umani, di un «international instrument which concerns itself with a field of law traditionally reserved to constitutional law, namely the protection of individuals *vis a vis* the state»⁴⁵, trova degli immediati riflessi nella posizione privilegiata che è da essa attribuita agli individui rispetto al regime che caratterizza il diritto internazionale *tout court*, in cui attori esclusivi sono generalmente gli Stati.

Nel caso della CEDU, in particolare, la disciplina ivi prevista fa, sin dall'inizio, dei singoli dei "soggetti", in piena regola ed a tutti gli effetti, del diritto internazionale⁴⁶, attraverso

⁴² Basti pensare che l'*incipit* in entrambi i documenti fondativi (Statuto del Consiglio d'Europa e Trattato istitutivo della Comunità economica europea) delle due organizzazioni europee è dedicato, come si è avuto modo di notare in precedenza, alla solenne affermazione del principio, di valenza geneticamente integrazionista, di una *closer union* tra gli Stati membri.

⁴³ Più precisamente, come è stato esattamente notato a questo proposito, la Convenzione «doit pouvoir imposer son image aux ordres juridiques national en y intégrant le degré de protection des droits de l'homme qu'elle consacre. Cette approche de l'ensemble de la Convention paraît mieux correspondre à la volonté de ses auteurs, a son esprit général, à sa structure. Une telle interprétation intégrationniste de la Convention ferait place à la conception qui voit dans cet accord international le fondement et l'instrument de la création d'un ordre public européen». Così D.J. Evrigenis, *Le rôle de la Convention européenne des droits de l'homme*, in M. Cappelletti (a cura di), *New Perspectives for a Common Law of Europe*, Bruxelles, Bruylant, 1978, 341 ss., 343.

⁴⁴ In particolare, entrambi i sistemi trovano il loro momento fondativo nelle regole di diritto internazionale di tipo "istituzionale", alla base del funzionamento delle organizzazioni internazionali, che si distinguono per caratteristiche e tipologia di incisività interordinamentale da quelle che regolano il diritto internazionale c.d. "relazionale". Per un approfondimento su questa distinzione si rinvia a R.J. Dupuy, *Le droit international*, Parigi, PUF, 1966 e Id., *Communauté internationale et disparité de développement – Cours général de droit international public, Recueil des Cours*, vol. 165, 9 ss. Entrambi gli scritti sono richiamati da Bruno De Witte che nota, come al suo solito acutamente, che «le règles propres de ces sous-systèmes que sont les organisations internationales divergent par fois sensiblement de solutions classiques du droit international, notamment quant à leurs structures et leurs compétences». Così B. De Witte, *Retour à «Costa»*. *La primauté du droit communautaire à la lumière du droit International*, in *Cahiers de droit européenne*, 1981, 425 ss., 446.

⁴⁵ Così A.Z. Dremczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 22.

⁴⁶ Nel senso più preciso che, grazie ad esso, «la relazione individuo/Stato, da sempre problema essenzialmente di ordine interno, [è entrata] nell'orbita del diritto internazionale». Così L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area euro-*

il riconoscimento agli individui, seppur previa accettazione da parte degli Stati contraenti⁴⁷, della possibilità di fare accertare ad un'autorità terza, di natura quasi giurisdizionale, la responsabilità (internazionale) dello Stato per aver causato al ricorrente una violazione dei diritti che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo gli riconosce.

Il che, a ben vedere, consente agli individui di prendere attivamente parte all'esercizio di una funzione cruciale del costituzionalismo, quella di limitare il potere dell'esecutivo o, quanto meno, di fare valere la sua responsabilità, seppur, lo si ribadisce, sotto il profilo internazionale⁴⁸.

Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, in una decisione di fine anni settanta, ha evidenziato tali caratteristiche *sui generis* della CEDU, sottolineando, a proposito dell'interpretazione che deve essere data all'art. 1⁴⁹, che «diversamente dai trattati internazionali di tipo classico, la Convenzione esorbita dal quadro della semplice reciprocità tra gli Stati contraenti. In luogo di impegni sinallagmatici bilaterali, essa crea obbligazioni oggettive che beneficiano di una "garanzia collettiva"»⁵⁰.

Se, non vi sono dubbi, la possibilità di un ricorso individuale, insieme alla previsione di una corte internazionale che è interprete autentico della Convenzione e che è in grado di adottare decisioni di condanna vincolanti nei confronti degli Stati che sono responsabili di una sua violazione, rappresenta il valore aggiunto, sul piano della valenza interordina-

pea tra fonti internazionali e fonti interne, Torino, Giappichelli, 2002, 12. Si veda anche V. Sciarabba, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, Cedam, 2008, 301 ss. Come è stato notato a questo proposito «il cittadino, sino a quel momento considerato suddito, non solo è stato riconosciuto titolare dei diritti ivi consacrati, ma è stato addirittura riconosciuto titolare del diritto al rispetto degli obblighi assunti dallo Stato con la ratifica della Convenzione (artt. 1 e 13)». Così, V. Esposito, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani*, Testo della relazione predisposta per il tirocinio in materia ordinamentale riservato agli uditori giudiziari, Roma, 30-9-2002.

⁴⁷ I Paesi contraenti potevano, com'è noto, rifiutarsi, fino all'entrata in vigore della riforma prevista dal protocollo 11, di accettare i due meccanismi della Convenzione, accuratamente evitati dagli Stati nei regimi di diritto internazionale classico, ed in grado di esaltare il potenziale di incidenza interordinamentale del sistema CEDU, vale a dire il ricorso individuale alla Commissione europea dei diritti dell'uomo e la giurisdizione obbligatoria della Corte europea di Strasburgo, nel caso in cui questa fosse investita del caso. I primi tra i Paesi fondatori ad accettare che gli individui potessero effettuare un ricorso diretto furono Svezia, Danimarca, Islanda ed Irlanda. L'accettazione da parte di Belgio e Germania nel luglio del 1955 permise che il meccanismo della *individual petition* entrasse in vigore (l'art. 24, c. 4 richiedeva a tal fine almeno sei dichiarazioni di accettazione). Il Regno Unito aspettò sino al 14-1-1966 per fare tale dichiarazione, l'Italia fino al luglio 1973, la Francia fino all'ottobre del 1981, trent'anni dopo la firma della Convenzione, che era stata ratificata dalla Francia solo sette anni prima, nel maggio del 1974. La ragione più ovvia, ma probabilmente anche la più rispondente al vero, per spiegare il ritardo francese è che, come è stato notato, «*la Patrie des droits de l'homme had no ground to submit to international control its governmental conduct*». Così C. Tomuschat, *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, in R. Wolfrum, U. Deutsch (a cura di), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Heidelberg, Springer, 2009, 1 ss., 3.

⁴⁸ Su tali peculiarità della CEDU ragiona anche Polakiewicz allorquando nota come, a differenza di ciò che è comunemente caratteristico dei trattati internazionali, missione fondamentale della Convenzione sia stata quella «to protect individuals against improper actions by their own national authorities». Così J. Polakiewicz, *The Status of the Convention in National Law*, in R. Blackburn, J. Polakiewicz (a cura di), *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 32 ss., 34.

⁴⁹ A norma del quale «le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione».

⁵⁰ Così la sent. 18-1-1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. 5310/1971, par. 239.

mentale, del sistema CEDU, non devono, d'altra parte, sottovalutarsi le potenzialità originarie proprie del ricorso interstatale.

La possibilità, infatti, riconosciuta ad uno Stato membro di fare valere giudizialmente la responsabilità di un altro Stato contraente per aver violato una disposizione della Convenzione contribuisce a realizzare la peculiarità di tale sistema. Come infatti è stato recentemente affermato, è stata una decisione eccezionalmente ardita quella dell'introduzione di un ricorso interstatale in forza del quale ogni Stato contraente «is entitled – and politically even called upon – to act as a guardian of legality in instances where another State party is seen as breaching the provisions of the ECHR»⁵¹.

In effetti, si tratta di un'eccezione rispetto alla regola del consenso che governa, in genere, le modalità di risoluzione di una disputa di diritto internazionale così come emerge, tra l'altro, dall'art. 33, c. 1 della Carta delle Nazioni Unite, a norma del quale gli Stati hanno il diritto di scegliere la modalità con cui risolvere una disputa con un altro Stato⁵².

3.2. Passando ora a fare un riferimento, evidentemente più sintetico, alla caratterizzazione originaria dell'ordinamento comunitario deve, in primo luogo, rilevarsi come esso sembri condividere con la CEDU la medesima genesi di diritto internazionale.

Come è stato infatti efficacemente sintetizzato a riguardo da Weiler e Haltern⁵³, l'ordinamento comunitario è stato generato da una matrice di diritto internazionale secondo modalità consuete: un accordo tra Stati che hanno negoziato, firmato e ratificato prima il Trattato CECA e poi i Trattati CEE ed Euratom.

Il che non toglie che vi fossero caratteristiche particolari proprie del codice genetico originario del sistema comunitario rispetto agli "ordinari" trattati internazionali.

Caratteristiche che, però, possono quasi tutte farsi rientrare all'interno dei caratteri distintivi che il diritto internazionale di matrice "istituzionale", caratteristico delle organizzazioni internazionali⁵⁴, ha rispetto a quello c.d. relazionale⁵⁵.

⁵¹ Così C. Tomuschat, *The European Court of Human Rights Overwhelmed*, cit., 5.

⁵² Cfr., per un approfondimento sui rapporti tra CEDU e diritto internazionale pubblico, L. Wildhaber, *The European Convention on Human Rights and International Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2007, 217 ss.

⁵³ «The European legal order was begotten from public international law in the normal way that these things happen: there was a communion among some Member States – the high contracting parties – which negotiated, signed and subsequently ratified the constituent Treaties that brought into being, first the nascent European Coal and Steel Community and then its twin sibling, the European Economic Community and the Euratom». Così J.H.H. Weiler, U.R. Haltern, *The Autonomy of the Community Legal Order -Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, 411 ss., 417.

⁵⁴ Per un quadro sintetico ed efficace del diritto delle organizzazioni internazionali, cfr. A. Caffarena, *Le organizzazioni internazionali*, Bologna, il Mulino, 2001.

⁵⁵ In particolare, parte della dottrina ha fatto derivare dall'autonomia dell'ordinamento comunitario, che la Corte di giustizia ha sempre rivendicato nei confronti del diritto internazionale, un'asserita natura costituzionale dei Trattati europei, attribuendo, dunque, all'assenso dei Parlamenti nazionali, espresso attraverso la ratifica dei trattati stessi, la natura di un vero e proprio atto costitutivo. «In this sense the conclusion is each European Treaty is equated with the *creatio ex nihilo* of a historically first constitution». Così T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order: an Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, 389 ss., 397, ove l'Autore richiama, per contestarla, la posizione di quella parte della dottrina che rintraccia una genesi "costituzionale" dell'ordinamento comunitario. A questo proposito, deve aggiungersi che la circostanza che la Corte di giustizia abbia qualificato in seguito il Trattato di Roma quale «carta costituzionale di base» dell'ordinamento comunitario (Corte di giustizia, *Parti*

Tra i poteri attribuiti a tali organizzazioni, infatti, può esservi a volte il riconoscimento di una vera e propria funzione regolamentare. Tali «regolamenti» o «decisioni» possono definirsi, come è stato notato⁵⁶, per tre caratteristiche concorrenti.

In primo luogo, si tratta di atti a rilevanza esterna, destinati agli Stati membri e non al funzionamento interno dell'organizzazione; in secondo luogo, sono misure adottate unilateralmente da parte degli organi delle istituzioni della medesima organizzazione⁵⁷; infine, hanno una natura obbligatoria e vincolante, a differenza delle raccomandazioni o di altri esempi di *soft law* adottati nell'ambito del diritto internazionale.

Quelle appena delineate, a ben vedere, sono caratteristiche condivise anche dalle direttive e dai regolamenti comunitari così come previsti originariamente dall'art. 189 (oggi 288 TFUE, ex art. 249 TCE) del Trattato di Roma e che, se amplificavano, già *ab origine*, la capacità di "penetrazione" del diritto comunitario all'interno degli Stati membri, non sembrano abbastanza caratterizzanti per poter affermare, come pure è stato fatto⁵⁸, che il momento fondativo del processo di integrazione comunitaria sia di natura sovranazionale o, addirittura, costituzionale.

La genesi è e rimane di diritto internazionale⁵⁹.

Certamente, se a quanto già emerso rispetto alle peculiarità genetiche dell'ordinamento comunitario si aggiunge la possibilità, già prevista originariamente (seppur in pochissime materie), di adozione, da parte del Consiglio dei Ministri, di decisioni a maggioranza qualificata e il meccanismo di rinvio pregiudiziale previsto dall'ex art. 177 (oggi art. 267 TFUE, ex art. 234 TCE), è evidente che emerge uno scenario istituzionale complessivo in cui la componente intergovernativa risultava meno spiccata rispetto a quella sovranazionale e, in ogni caso, meno sviluppata rispetto a quanto caratterizza il diritto internazionale *tout court*.

Il che evidenzia, dunque, come il potenziale sovranazionale insito nel sistema comunitario non soltanto fosse, in partenza, più esiguo rispetto a quanto emergesse dalla natura e dai poteri attribuiti all'Alta Autorità⁶⁰ nell'ambito del sistema CECA, ma che, per di più, non sembra che fosse, almeno in partenza, in grado di incidere in modo più invasivo

ecologiste Les Verts c. Parlamento europeo, 25-2-1984, C-190/94, in *Racc.*, I-1017), non può essere certo un argomento decisivo a riguardo, così come non lo è, per affermare la matrice costituzionale dell'atto fondativo della Convenzione europea, il fatto che essa sia stata definita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo «constitutional instrument of European public order» (sent. 23-3-1995, *Loizidou c. Turchia*, ric. 15318/89, par. 75). Tali enunciazioni vanno invece ricomprese tra i "prodotti" di quelle accelerazioni giurisprudenziali che hanno caratterizzato i tentativi da parte delle due Corti europee di amplificare il potenziale di incidenza interordinamentale, già previsto, *ab origine*, da parte, rispettivamente, dei Padri fondatori del sistema comunitario e del sistema CEDU.

⁵⁶ B. De Witte, *Retour*, cit., 447.

⁵⁷ A differenza degli accordi internazionali adottati da parte di altre organizzazioni internazionali che non sono efficaci se non sono prima ratificati da tutti o da una parte degli Stati membri.

⁵⁸ Tra gli esponenti di tale dottrina si veda almeno T. Oppermann, *Europarecht*, Monaco, Beck, 1991, 196 ss.; J. Bengoetxea, *Institutions, Legal Theory and EC Law*, in *Archiv für Recht und Social Philosophie*, 1991, 195 ss. e F.E. Dowrick, *A Model of the European Communities' Legal Systems*, in *Yearbook of European Law*, 1983, 224 ss.

⁵⁹ A supporto di tale tesi si può richiamare quanto Joseph Weiler notava nel 1982, a proposito del periodo fondativo dell'ordinamento comunitario, in particolare laddove osservava che «the Constituent instruments of the Communities were traditional multi-partite International Treaties. Although including certain novel institutional features they were, in line with precedent, expected to be interpreted in accordance with the normal canons of treaty interpretation, one of which is a presumption against loss of sovereignty by States». Così J.H.H. Weiler, *The Community System: the Dual Character of Supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1982, 267 ss., 270.

sulla sovranità degli Stati membri rispetto a quanto poteva fare, già *ab origine*, il meccanismo del ricorso individuale previsto dal sistema CEDU.

Le caratteristiche distintive che la Corte di giustizia in *Costa c. Enel* ha identificato quali peculiarità dell'ordinamento comunitario, vale a dire la volontà, da parte dei Padri fondatori, di istituire «una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla comunità» (par. 3), non sembrano, dunque, sufficienti a far sì che questo ordinamento fosse già *ab origine* talmente *sui generis* da potersi considerare autonomo, nuovo e di matrice sovranazionale.

Invero esso costituiva, almeno nel momento della sua genesi, al pari, del resto, della CEDU, un sottosistema di diritto internazionale dallo spiccato potenziale di incidenza interordinamentale.

Il carattere di sovranazionalità lo avrebbe acquisito solo *in itinere*, a seguito, come fin troppo noto, di una giurisprudenza dal contenuto assai creativo della Corte di giustizia.

4. D'altronde, anche per quanto riguarda la posizione dell'appena menzionata Corte di Lussemburgo, essa (così come la Corte europea dei diritti dell'uomo) è stata concepita, a ben vedere, quale corte internazionale, dotata del potere di interpretazione esclusiva dei rispettivi documenti fondativi di diritto superprimario⁶¹.

A nessuna delle due Corti europee è stata attribuita, *ab origine*, la funzione che più caratterizza una Corte costituzionale rispetto al giudice internazionale, vale a dire un potere di cassazione in grado di invalidare le normative nazionali in contrasto con quanto previsto dai rispettivi trattati istitutivi.

Per quanto riguarda la Corte di Strasburgo, i progetti iniziali che, su insistenza della delegazione francese, avevano proposto di dotare la Corte di un potere di annullamento

⁶⁰ Alta Autorità che godeva di ben più ampi poteri, ai sensi del Trattato CECA, a paragone di quelli attribuiti alla Commissione europea in forza del Trattato CEE. Cfr. sul punto A. Isoni, *L'Alta Autorità del Carbone e dell'Acciaio*, Lecce, Argo, 2006. Non è un caso, a proposito dello spiccato carattere sovranazionale che caratterizzava l'Alta Autorità del Carbone e dell'Acciaio che, proprio in relazione a quest'ultima, il Trattato CECA contenesse i primi espressi riferimenti che il diritto internazionale ha fatto alla nozione di "sovranazionalità", laddove si prevedeva che «i componenti dell'Alta Autorità si astengono dal compiere qualsiasi azione che sia incompatibile con il carattere sovranazionale delle loro funzioni» (art. 9, c. 5) e che «ciascuno Stato membro concorda nel rispettare questo carattere sovranazionale» (art. 9, c. 6)».

⁶¹ A norma dell'art. 19 del Trattato sull'Unione europea (che riproduce sostanzialmente quanto era già precedentemente previsto dall'art. 220 TCE) la Corte di giustizia ha il compito di assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati», così come, ai sensi dell'art. 19 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, «per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita una Corte europea dei diritti dell'uomo». A supporto della esclusività della competenza della Corte giova anche ricordare quanto previsto dall'art. 55 della Convenzione, a norma del quale «le parti contraenti rinunciano a sottoporre ad altre istanze internazionali le controversie nate dalla interpretazione e dalla applicazione della presente convenzione». Infine, come è stato recentemente ricordato, «secondo un principio abbastanza diffuso nei sistemi giuridici internazionali, l'estensione della competenza della Corte, ove si dovessero verificare contestazioni, è rimessa all'apprezzamento della Corte stessa. La Corte cioè è giudice della propria competenza (art. 32, par. 2)». Così C. Zanghì, *Evoluzione ed innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, 29 ss., 31.

delle norme nazionali in contrasto con la CEDU, furono respinti dai Governi dei Paesi fondatori⁶².

Nonostante il testo della Convenzione sia sibillino sul punto, si è sempre sostenuto, anche a causa del rigetto di tale proposta (e la giurisprudenza di Strasburgo, specie nella sua prima fase, ha di fatto sempre supportato tale tesi⁶³), che le decisioni di condanna della Corte europea siano di mero accertamento. Vale a dire che esse possano semplicemente accertare la violazione di una disposizione della Convenzione da parte dello Stato convenuto (ai sensi dell'art. 46 della Convenzione medesima) che è obbligato, pena la sua responsabilità internazionale, a ripristinare, quando possibile, secondo le modalità ed i mezzi prescelti, la situazione del ricorrente anteriore alla violazione⁶⁴.

In altre parole, come è stato recentemente sostenuto⁶⁵, a parte il caso della condanna all'equa soddisfazione, la Corte di Strasburgo, una volta accertata l'esistenza della violazione non ha, almeno in teoria, alcun potere di ordinare o anche indicare allo Stato quale comportamento tenere a seguito della violazione accertata.

Se nel quadro delle negoziazioni che sfociarono nella stesura del testo della CEDU, i timori, specialmente inglesi, di un "governo dei giudici", portarono a ridimensionare i poteri della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alla proposta iniziale, non può certo dirsi che, in ambito comunitario, l'idea originaria dei Padri fondatori fosse quella di dotare la Corte di giustizia di attribuzioni assai più incisive di quelle proprie, classicamente, di una corte internazionale⁶⁶. Tutt'altro.

La sua missione principale, ai sensi del Trattato CECA, era di evitare che l'Alta Autorità potesse abusare dei suoi amplissimi poteri⁶⁷.

⁶² Si veda il *Project Foster* del Congresso del Movimento federalista europeo presentato al Comitato dei Ministri nel luglio del 1948 (in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, I, 42 e II, 301, L'Aia, 1975, richiamati da C. Zanghi, *Evoluzione*, cit., 30, nt. 2).

⁶³ Il carattere meramente dichiarativo delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo è stato affermato dalla Corte stessa nella sentenza del 13-6-1979, *Marckx c. Belgio*, par. 58, ove però, allo stesso tempo, si fa anche intravedere la possibilità di ripercussioni delle proprie decisioni al di là del caso concreto. Ripercussioni che tenderanno ad amplificarsi fino a mettere in dubbio la stessa natura dichiarativa delle pronunce della Corte. Nel passaggio della decisione appena richiamata i giudici di Strasburgo, in particolare, affermavano che «admittedly, it is inevitable that the Court's decision will have effects extending beyond the confines of this particular case, especially since the violations found stem directly from the contested provisions and not from individual measures of implementation, but the decision cannot of itself annul or repeal these provisions: the Court's judgment is essentially declaratory and leaves to the State the choice of the means to be utilised in its domestic legal system for performance of its obligation under Article 53» (oggi art. 46).

⁶⁴ Quando ciò non fosse possibile, la Corte condannerà lo Stato ad un versamento di una somma di denaro a titolo di equa soddisfazione.

⁶⁵ C. Zanghi, *op. ult. cit.*, 30.

⁶⁶ A conferma di ciò si pensi a quanto ha osservato qualche anno fa Martin Shapiro a questo proposito, in particolare allorché l'Autore citato rilevava che «when the Member States opted for an ECJ, they thought that Luxembourg would be far closer to the Hague than the District of Columbia». Così M. Shapiro, *The European Court of Justice*, in J. Graig, G. De Burca (a cura di), Graig J. e De Burca G. (a cura di), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 321 ss., 340.

⁶⁷ Tra l'altro, come ricorda Danny Nicol, «it was the power of the High Authority, not the Court, which deterred the British government from ECSC membership». Così D. Nicol, *Lessons from Luxembourg: Federalisation and the Court of Human Rights*, in *European Law Review*, 2001, 3 ss., 5.

È certamente innegabile che nel quadro istituzionale della Comunità economica europea al giudice di Lussemburgo fosse conosciuta, oltre alla competenza di adottare decisioni (di rilevanza esclusivamente dichiarativa) di accertamento di eventuali inadempimenti degli obblighi di rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri, anche quella di adottare delle pronunce di natura cassatoria⁶⁸, ma *soltanto* nei confronti della normativa comunitaria (ex art. 263 TFUE, già art. 230 TCE), su iniziativa degli attori "istituzionali" e, a certe, assai difficili da soddisfare condizioni, anche dei singoli.

Per quanto riguarda, invece, il meccanismo del rinvio pregiudiziale contemplato dall'art. 177 (oggi art. 267 TFUE, ex art. 234 TCE), se sicuramente si trattava di uno strumento assai innovativo⁶⁹ rispetto allo *status quo* del diritto internazionale, anche di natura istituzionale, esso, almeno ai sensi della lettera della disposizione in esame, doveva servire per favorire il dialogo tra giudici nazionali e giudice di Lussemburgo circa l'interpretazione del diritto comunitario (e la validità del solo diritto comunitario derivato).

Il fatto che la Corte di giustizia sia stata in grado di cambiare, di fatto, "l'oggetto" del dialogo, riuscendo a persuadere i giudici nazionali (grazie al rapporto di collaborazione e persino di complicità che è riuscita ad intessere con questi) a chiedere numi ai giudici di Lussemburgo, in sostanza, circa la conformità comunitaria della legislazione interna, è parte di quella ormai celebre accelerazione che ha caratterizzato i primi decenni della giurisprudenza della Corte di giustizia⁷⁰.

⁶⁸ L'efficacia di mero accertamento, esclusivamente dichiarativa, sembra accomunare la portata che alle decisioni della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, nella loro qualità di Corti internazionali, hanno voluto attribuire i Padri fondatori del sistema comunitario e del sistema CEDU.

⁶⁹ Carica innovativa che, a quanto racconta lo stesso Pierre Pescatore, non fu immediatamente percepita dai Governi degli Stati membri. Il che spiegherebbe perché la proposta di prevedere tale meccanismo nel Trattato istitutivo fu accolta senza incontrare grandi ostacoli. Cfr. P. Pescatore, *Les Travaux du groupe juridique dans la négociation des Traités de Rome*, in *Studia Diplomatica*, 1981, 159 ss., 173.

⁷⁰ È noto come la Corte di giustizia abbia, a partire dai primi anni sessanta, assunto il ruolo di motore trainante del processo di integrazione europea e, utilizzando quale leva interpretativa l'apparentemente innocua disposizione (originariamente contenuta nell'art. 164 Trattato CEE, ed oggi sostanzialmente riprodotta nell'art. 19 TUE) che le dà il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato, abbia letteralmente compiuto un'opera, se non di costituzionalizzazione, quanto meno di "sovranazionalizzazione" del codice genetico originario, di matrice internazionale, dell'ordinamento comunitario. Gli Stati tacevano, lasciavano la palla alla Corte che, con grande inventiva ed una non meno rilevante dose di "audacia argomentativa", non ha esitato a volte, a "riscrivere", di fatto, il Trattato istitutivo. Spulciando riga per riga il Trattato di Roma nella sua versione originaria non si sarebbe, infatti, mai potuto leggere, né arguire dall'assetto istituzionale complessivo contemplato dal Trattato stesso, che «la comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani (5-2-1963, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62, in *Racc.*, I-3). Ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini». Né, tanto meno, si sarebbe potuto dedurre che le fonti di diritto primario e derivato comunitario, a certe condizioni, sono dotate di un effetto diretto e, soprattutto, che alle stesse è da riconoscere un primato (15-7-1964, *Costa c. Enel*, C-6/64, in *Racc.*, I141) nei confronti del diritto, anche costituzionale (*Internationale Handelsgesellschaft*, 17-12-1970, C-11/70, in *Racc.*, I125) degli Stati membri. Primato che, tra le altre cose, deve trovare un'applicazione immediata, onde salvaguardare l'effetto utile (9-3-1978, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal* C-106/77, in *Racc.*, I-629) del diritto comunitario. Si rimarrebbe altrettanto delusi se si volesse rintracciare nella versione originaria del Trattato istitutivo una disposizione in forza della quale, una volta che la Comunità abbia esercitato le sue competenze all'interno dell'Unione, possa assumere automaticamente l'esclusività ad esercitare lo stesso tipo di competenze con i *partners* esterni all'UE o la regola, ancora più audace, della *pre-emption*, secondo cui, nelle aree "occupate" dalla Comunità, cioè attribuite alla sua competenza esclusiva, gli Stati non possono legiferare anche se gli organi di *Bruxelles* non sono intervenuti a disciplinarle (31-3-1971, *Commissione c. Consiglio*, causa C-22/70, in *Racc.*, I-263). Chi avrebbe mai detto, leggendo l'art. 28 TCE (oggi art. 34 TFUE), che tale disposizione potesse essere violata anche quando il singolo

In altre parole, si è assistito ad una, fin troppo studiata, *transformation of Europe*⁷¹, per via giurisprudenziale, capace di traghettare l'ordinamento comunitario dalla sua genesi di diritto internazionale ad una dimensione, di fatto, di sovranazionalità.

In conclusione, l'impressione che si ricava da una comparazione dei caratteri originari che i Padri fondatori della CEDU e quelli dell'ordinamento comunitario hanno voluto attribuire, rispettivamente, alla Corte europea dei diritti dell'uomo ed alla Corte di giustizia è, dunque, che in entrambi i casi la volontà sia stata quella di istituire una corte internazionale, con poteri e limiti che ad un giudice di tale natura vanno riconosciuti.

Di più, alla luce di dette caratteristiche, può forse sostenersi come la Corte di Strasburgo fosse dotata, specialmente grazie alla possibilità concessa ai singoli, seppur previa accettazione da parte degli Stati, di un ricorso individuale, di un maggiore potenziale di penetrazione interordinamentale nei confronti della sovranità degli Stati membri rispetto a quello di cui poteva disporre, almeno *ab origine*, la Corte di giustizia⁷².

Se gli anni a venire hanno raccontato una storia assai differente rispetto a quella che si poteva attendere guardando al momento della genesi delle due Corti europee, ciò lo si deve, fondamentalmente, a due fattori. Da una parte l'"accelerazione", prima evocata, della Corte di giustizia, su cui, vista la sua notorietà, non ci si soffermerà in questa sede, se non con riguardo al profilo specifico della emersione della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento comunitario, e dall'altra parte, la contestuale "partenza al rallentatore" della Corte europea dei diritti dell'uomo, che sarà invece specifico oggetto di approfondimento

5. Difficile avere dubbi sul punto: è da attribuire all'attivismo ed alla creatività della giurisprudenza della Corte di giustizia l'emersione, all'interno della dimensione comunitaria, di quel fattore che, senza trascurare i possibili elementi di convergenza evidenziati in precedenza, interconnette nel modo più palese gli ambiti di azione dei due sistemi sovranazionali oggetto di indagine, e che quindi legittima un'analisi comparativa circa l'impatto del diritto dell'Unione e quello della CEDU all'interno degli Stati membri.

Stato membro avesse adottato una misura che, pur non discriminando tra un prodotto interno ed un prodotto importato, ostacolasse in ogni caso l'accesso e la distribuzione di quest'ultimo nello Stato importatore (sent. 11-7-1974, *Dassonville*, causa C-8/74 in *Racc.*, I-1129)? Lo stesso si dica per la possibilità attribuita ai singoli di fare valere, davanti ad un giudice nazionale, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del potere legislativo (sent. 19-9-1991, *Franovich*, cause C-6/90, 9/90, in *Racc.*, I-5357) e per il divieto, in capo ai giudici nazionali, di accertare l'invalidità del diritto comunitario, prerogativa che spetta soltanto al giudice di Lussemburgo (22-10-1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt di Lubeca-Est*, causa C-314/85, in *Racc.*, I-4199). Infine, sempre a titolo illustrativo, si noti come non emergeva dal tenore letterale del Trattato CE né che, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, come accennato, la Corte di giustizia avesse il potere di valutare, seppur indirettamente, la conformità comunitaria di una disciplina statale, né, tanto meno, che le decisioni della stessa Corte fossero, in sostanza, dotate di un'efficacia *erga omnes*.

⁷¹ Ci si riferisce, evidentemente, al "classico" di J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, in *The Yale Law Journal*, 1991, 2403 ss. che dà conto del percorso evolutivo che aveva caratterizzato, in quel momento, più di quarant'anni di storia del processo di integrazione comunitaria.

⁷² Dello stesso avviso è chi recentemente ha osservato che «an early examination of the different procedural avenues would have suggested that Strasbourg Court would prove the more federalist Court. The system of individual petition, with its focus on challenging the actions of contracting parties, surely appeared to present the greater potential threat to national sovereignty». Così D. Nicol, *Lessons*, cit., 5.

Si sta facendo riferimento, evidentemente, al profilo relativo alla tutela dei diritti fondamentali da parte dell'ordinamento comunitario: un *evergreen* tra gli studi di rilevanza europea, così studiato che proporne nuovamente per intero le coordinate non sembra essere la più originale delle idee.

Può invece essere utile riprendere soltanto selettivamente alcuni punti di tali coordinate, il cui richiamo può rilevarsi funzionale alla nostra indagine.

Il primo è relativo alle ragioni alla base del silenzio del Trattato di Roma in merito alla tutela dei diritti fondamentali, che stride⁷³ con i riferimenti che, invece, tanto nel progetto del Trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa del 27-5-1952, quanto in quello alla base della Comunità Politica Europea del 26-2-1953 erano ben presenti⁷⁴.

Seppure forse *naïf*⁷⁵, l'idea che una tale assenza si debba, almeno in parte, alla considerazione dei Padri fondatori ai sensi della quale, visto il fallimento dei tentativi di dotare l'organizzazione comunitaria di una vocazione anche ultra-economica, era opportuno concentrarsi, in prima battuta, seguendo la logica pragmatica di Jean Monnet, sull'obiettivo del raggiungimento di un mercato unico, lasciando alla CEDU "l'esclusiva" in materia di diritti fondamentali, non può certo essere ignorata.

Se è anche possibile che detto silenzio celasse «l'intento dei Padri fondatori di lasciare che fossero gli Stati membri, con le loro Costituzioni, le loro Corti costituzionali ed i loro apparati giurisdizionali a garantire il rispetto dei diritti fondamentali anche nei confronti delle istituzioni comunitarie»⁷⁶, non si può certo dire che questo intento sia stato condiviso, almeno sin da subito, dalla Corte di giustizia.

Tale soggezione al diritto nazionale, per le sue evidenti ripercussioni su un'applicazione a geometria variabile, all'interno degli ordinamenti interni, del diritto comunitario, avrebbe, infatti, leso irreversibilmente la missione che la stessa Corte aveva fatto propria sin dall'inizio: salvaguardare, per l'appunto, l'uniformità dell'applicazione del diritto comunitario negli Stati membri⁷⁷.

Non a caso, la prima volta in cui, nel 1958, si poneva una questione del genere, seppur in riferimento al Trattato CECA⁷⁸, la stessa Corte, escludeva di poter accertare e tenere in alcun modo in considerazione la violazione di principi fondamentali del *Grundgesetz* tedesco da parte di atti comunitari.

⁷³ Ad ulteriore conferma che il progetto originario alla base del processo di integrazione comunitaria avesse molto più in comune con gli obiettivi del sistema CEDU rispetto a quanto è risultato essere poi proprio dell'ambito di applicazione del Trattato di Roma del 1957.

⁷⁴ Basti pensare che nel primo era espressamente previsto l'obbligo per la Comunità di rispettare «le libertés publiques et le droits fondamentaux des individus (art. 3), mentre il secondo, oltre ad un obbligo della stessa portata, prevedeva anche «un rinvio pregiudiziale della Corte della Comunità alla Corte europea dei diritti dell'uomo». A ricordarlo è G.F. Mancini, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2004, 143, nt. 6.

⁷⁵ È così definita l'idea da M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali in Europa*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, il Mulino, 13 ss., 16.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Dello stesso avviso è Takis Tridimas che, commentando il caso *Stork*, afferma che «this case law is not to be attributed to a lack of commitment to human rights protection but a more pragmatic reason. The Court was fearful of subordinating the treaty to the laws of Member States and thus prejudicing the effect of Community law». Così T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 301.

⁷⁸ Corte di giust., sent. 4-2-1959, *Stork c. Alta Autorità*, causa 1/58, in *Racc.*, I-1959, 27.

Il che, a pensarci bene, ha anche un risvolto paradossale se si riflette, com'è stato fatto, sul fatto che «an early, almost primitive, form of constitutional assertion was the denial of fundamental constitutional values»⁷⁹.

Tutto ciò avveniva prima che la Corte di Lussemburgo “estraesse dal cilindro” le dottrine del primato del diritto comunitario e dell'effetto diretto.

Da lì in poi, l'interesse per la Corte era, evidentemente, destinato a rovesciarsi. Se prima di allora era infatti molto rischioso, e dunque da evitare accuratamente, qualsiasi riferimento all'esistenza di un vincolo, in capo alle istituzioni comunitarie, ad adottare atti che non si scontrassero con il dettato delle Costituzioni nazionali in tema di diritti fondamentali⁸⁰, una volta affermato il principio della supremazia del diritto comunitario anche nei confronti delle Costituzioni degli Stati membri, bisognava che la Comunità, tutto all'opposto, si vincolasse, in qualche modo, al rispetto dei diritti fondamentali.

Ciò avveniva, com'è noto, innanzitutto con *Stauder*⁸¹, in cui, per la prima volta, si faceva ricorso al *passee-partout*⁸² fornito dal riferimento a principi generali⁸³, che consentiva alla Corte di veicolare, all'interno dell'ambito di applicazione del diritto comunitario, anche la protezione dei diritti fondamentali e, specialmente, poco dopo, con *Internationale Handelsgesellschaft*⁸⁴, in cui il rapporto biunivoco tra la questione relativa al primato del diritto comunitario e quella concernente l'emersione della tutela dei diritti fondamentali è palese.

Nel *reasoning* della decisione appena citata, infatti, subito dopo la “dichiarazione shock” dei giudici di Lussemburgo relativa all'irrelevanza, ai fini della valutazione della validità di una normativa comunitaria, del fatto che questa si scontrasse o meno con il disposto delle Costituzioni degli Stati membri (anche se esso fosse relativo alla tutela dei diritti fondamentali), si sottolineava, quasi ad attenuare la portata “sovversiva” di questo principio, un passaggio dalla rilevanza altrettanto fondamentale.

⁷⁹ T. Tridimas, *The General Principles*, cit., 301. Un'altra notazione può essere utile per apprezzare il mutamento che caratterizza la percezione che la Corte di giustizia ha del proprio ruolo. Da una parte, infatti, la Corte raggiungeva la conclusione appena richiamata argomentando, sulla base del disposto dell'ex art. 220 TCE, che il suo ruolo fosse “semplicemente” «quello di garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione del trattato». Un *self restraint* che, come è stato notato, «suggest the Court saw itself much as a traditional International tribunal. The Court's self limiting's [...] typifies, in the area of human rights, an international phase in Community development». Così J.H.H. Weiler, *Eurocracy and Distrust: Some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities*, in *Washington Law Review*, 1986, 1103 ss., 1115. D'altra parte, qualche anno dopo, la stessa Corte comincerà a considerarsi qualcosa di molto di più di una semplice corte internazionale e, quasi “investita” della missione di costituzionalizzare i trattati istitutivi, poggerà la sua attività creativa proprio sul disposto dell'ex art. 220 prima richiamato. La stessa disposizione dunque che, in un primo tempo, aveva costituito il fondamento dell'approccio di *self restraint* da parte della Corte di giustizia, in un secondo tempo diventerà la base portante sulla quale la stessa Corte avrebbe costruito opera di riscrittura dei trattati.

⁸⁰ È stato giustamente notato a questo proposito, per spiegare l'approccio della Corte di giustizia nel caso *Stork*, che, «in the absence of a clearly established doctrine of supremacy, there would be little to stop the review of Community actions under national constitutional law from expanding to any national norm». Così J.H.H. Weiler, *Eurocracy*, cit., 1114.

⁸¹ Sent. 12-11-1969, *Stauder c. Città di Ulm*, causa C-29/69, in *Racc.*, I-1969, 419.

⁸² Oppure «gap filling role», nelle parole di T. Tridimas, *The General Principles*, cit., 17.

⁸³ Principi generali che Tridimas descrive come «children of national law, but as brought in front of the Court, they became enfants terribles». Così T. Tridimas, *The General Principles*, cit., 4.

⁸⁴ Corte di giustizia, sent. 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa C-11/70, in *Racc.* I-1125, par. 1.

Più precisamente, accanto alla sottolineatura che il rispetto per i diritti fondamentali era da considerarsi parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, si aggiungeva per la prima volta ed, in un certo senso, contraddicendo quanto affermato un momento prima a proposito dell'indifferenza del diritto comunitario per il portato costituzionale degli Stati membri, che la protezione di tali diritti trovava ispirazione nelle tradizioni costituzionali comuni dei Paesi parte della costruzione comunitaria.

Da questo punto di vista può dirsi che la supremazia del diritto comunitario sul diritto interno, almeno riguardo all'area relativa alla tutela dei diritti fondamentali, non è mai stata assolutizzata dalla Corte di giustizia. Infatti, proprio nel momento in cui tale supremazia raggiungeva, apparentemente, il suo apice massimo, spingendosi oltre i limiti previsti dal dettato costituzionale degli Stati, essa era, allo stesso tempo, in qualche modo "relativizzata" dal riferimento che, per la prima volta, la Corte di giustizia faceva alle identità costituzionali nazionali quale limite, seppur assai indiretto, a detto primato.

Fatto sta che il preteso effetto di rassicurazione che voleva avere l'ultimo passaggio richiamato non convinceva del tutto i giudici costituzionali tedeschi, ed è solo in questo momento che la giurisprudenza comunitaria in materia di diritti fondamentali avrebbe iniziato a caratterizzarsi per una connotazione prettamente reattiva⁸⁵. Connotazione che, invece, si è soliti attribuire a tutta l'evoluzione giurisprudenziale rilevante della Corte di giustizia⁸⁶.

Nell'ultimo periodo precedente la ratifica del Trattato di Maastricht⁸⁷, i giudici comunitari estendevano anche alle misure nazionali rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario il giudizio di conformità ai diritti fondamentali. Giudizio che, invece, nelle prime fasi dell'evoluzione giurisprudenziale, come si è avuto modo di rilevare in precedenza, aveva ad oggetto esclusivamente gli atti comunitari.

Se infatti, a fine anni ottanta, la Corte di giustizia considerava rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, e quindi sottoposti a tale giudizio di conformità, gli atti degli Stati membri che davano attuazione ad una disciplina comunitaria⁸⁸, agli inizi degli anni novanta la stessa Corte estendeva il medesimo accertamento anche alle misure adottate nell'ambito delle deroghe che il Trattato istitutivo concede agli Stati membri⁸⁹.

Se la prima ipotesi non sembra altro che una conseguenza dell'obbligo in capo alle istituzioni europee, quando adottano un atto comunitario, di rispettare i diritti fondamentali,

⁸⁵ Si fa riferimento, evidentemente, a quella giurisprudenza ulteriore che ha aggiunto, quale fonte di ispirazione per la tutela dei diritti fondamentali, le norme delle pertinenti convenzioni internazionali in materia di diritti umani che gli Stati membri hanno ratificato (Corte di giustizia, sent. 14-5-1974, *Nold*, causa C-4/73, in *Racc.*, I-491), tra cui la CEDU occupa una posizione senza dubbio privilegiata (Corte di giustizia, sent. 28-10-1975, *Rutili*, causa C-36/75, in *Racc.*, I-1219). Vi è un accordo quasi unanime nel ritenere che il riferimento alla CEDU sia stato così tardivo nella giurisprudenza comunitaria rispetto alla prima proposizione dell' "argomento" relativo alla tutela dei diritti fondamentali, perché la Corte di giustizia, accertamento, ha aspettato la ratifica della CEDU da parte della Francia, avvenuta, com'è noto, "soltanto" il 3-5-1974.

⁸⁶ È infatti soltanto a seguito dell'adozione, da parte del giudice comunitario di *Internationale Handelsgesellschaft*, che i giudici tedeschi, seguiti poi a ruota da quelli italiani, avrebbero attivato quel "confronto dialettico", per usare un eufemismo, con Lussemburgo, la cui ultima e non incontestata tappa è rappresentata, al momento, dalla decisione del Tribunale costituzionale tedesco sul Trattato di Lisbona.

⁸⁷ Trattato che, se codificava la giurisprudenza della Corte a cui si è fatto riferimento, avrebbe determinato, come vedremo, per altre sue innovazioni, un cambio di rotta da parte della Corte di giustizia.

⁸⁸ Corte di giustizia, sent. 13-7-1989, *Wachauf*, causa C-5/88, in *Racc.*, I-2609.

⁸⁹ Corte di giustizia, sent. 18-6-1991, *ERT*, causa C-260/89, in *Racc.*, I-2925.

e non può non gravare anche sugli organi nazionali allorché questi, nel ruolo di agenti di dette istituzioni⁹⁰, danno attuazione od esecuzione alle misure comunitarie, qualche perplessità, almeno *prima facie*, può suscitare la seconda ipotesi estensiva.

Tali perplessità potrebbero peraltro attenuarsi notando che, se uno Stato membro ha ricevuto dei vantaggi dall'usufruire di una deroga contemplata dal Trattato istitutivo, tutti gli atti riconducibili al godimento di tale deroga non potranno che rientrare nell'ambito di applicazione del diritto comunitario⁹¹.

5.1. Tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, gli equilibri inter-istituzionali all'interno del quadro comunitario che avevano consentito alla Corte di giustizia, nel c.d. periodo "glorioso" della sua giurisprudenza, tanta audacia argomentativa, subivano dei forti scossoni.

L'Atto Unico Europeo che, nel 1987, per la prima volta introduceva la regola del voto a maggioranza ed il Trattato di Maastricht che, sei anni dopo, istituiva l'Unione europea, possono essere visti come la chiara espressione della volontà di riappropriazione, da parte degli Stati membri, della loro veste legittimante di legislatori comunitari, sottraendo alla Corte di Lussemburgo l'anomalo ruolo di *law maker* che essa aveva assunto in forza della perdurante inerzia legislativa in seno al Consiglio dei Ministri.

Più precisamente, mentre si codificava il portato della giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei diritti fondamentali⁹², era anche ribadita con forza la volontà degli Stati di non voler subire eccessive intrusioni nelle aree simbolo della (invero ormai assai residua) sovranità nazionale attraverso l'introduzione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà.

Se a ciò si aggiunge che lo stesso messaggio proveniva da alcune Corti costituzionali, che accertavano *ex ante* l'incostituzionalità del Trattato di Maastricht e la necessità di una revisione costituzionale per la sua ratifica⁹³, o accompagnavano la valutazione di adeguatezza costituzionale dello stesso Trattato a ingombranti riserve⁹⁴, non ci possono essere dubbi sul fatto che il "vento favorevole" delle origini aveva mutato direzione.

⁹⁰ Si veda, in questo senso, J.H.H. Weiler, *Fundamental Rights and Fundamental Boundaries, on Standards and Values in the Protection of Human Rights*, in N.A. Neuwahl, A. Rosas (a cura di), *The European Union and Human Rights*, L'Aia, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, 51 ss.

⁹¹ Com'è stato osservato a questo proposito «the scope of derogations and the conditions for its employment are all creatures of community law, treaty and judge made». Così J.H.H. Weiler, *Fundamental Rights*, cit., 69.

⁹² Ai sensi dell'ex art. 6, c. 2 del Trattato UE «L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario».

⁹³ Il Consiglio costituzionale francese, con la decisione 9-4-1992, n. 92-308 DC, pronunciandosi *ex ante* sulla costituzionalità del Trattato di Maastricht, richiedeva espressamente una revisione della Costituzione in quanto alcune disposizioni del Trattato stesso implicavano limitazioni di sovranità ammissibili soltanto previa adozione di una previsione costituzionale *ad hoc* e dunque di un referendum popolare. Un portato assai simile è quello della decisione del Tribunale costituzionale spagnolo (dec. 1-7-1992, n. 1236/92) in cui si è evidenziata la necessità di un referendum popolare per revisionare la Costituzione e, conseguentemente, legittimare il trasferimento all'ordinamento comunitario dei necessari poteri.

⁹⁴ In particolare cfr. Tribunale costituzionale tedesco, sent. 12-10-1993, *Maastricht*, 2 BvR 2134/92 e 2 BvR 2159/92.

Quale conseguenza di tale cambiamento, l'atteggiamento della Corte di giustizia, da sempre attenta al contesto politico istituzionale in cui opera, non poteva non subire delle modifiche.

La tolleranza costituzionale⁹⁵ "esibita" dagli Stati membri con entusiasmo nei primi anni del processo d'integrazione comunitaria cominciava infatti a vacillare e spettava alla Corte di Lussemburgo trovare un modo per "ri-alimentare" la fiamma dell' "obbedienza volontaria" che si andava vistosamente (e preoccupantemente) affievolendo.

Negli anni novanta la Corte sceglieva (non che avesse, invero, molte alternative) la strada del *self restraint*. *Grogan*⁹⁶ (1991), *Meng*⁹⁷ (1993), *Keck*⁹⁸ (1993), *Kalanke*⁹⁹ (1995), il parere n. 2/94 relativo all'eventuale adesione della CE alla CEDU¹⁰⁰ (1996), *Grant*¹⁰¹ (1998): sono tutti classici esempi di un atteggiamento di deferenza nei confronti del potere legislativo (sia esso operante a livello interno dei singoli Stati membri che a livello sovranazionale nelle vesti del Consiglio dell'Unione).

In particolare, altrove¹⁰², si è avuto modo di provare a dimostrare, prendendo a modello l'atteggiarsi della giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazione sulla base del sesso e di trattamento preferenziale, che la strategia argomentativa utilizzata dalla Corte di giustizia per graduare l'impatto delle proprie pronunce in relazione al livello di accettabilità presente nella maggioranza degli Stati membri è stata quella del c.d. *majoritarian activism approach*¹⁰³.

⁹⁵ Si fa evidentemente riferimento al concetto di "tolleranza costituzionale" che Weiler ritiene essere il carattere peculiare dell'ordinamento comunitario, ma che sembra possibile trapiantare, senza pericolo di un rigetto, anche al sistema CEDU. Si veda J.H.H. Weiler, *Federalism and Constitutionalism, Europe's Wonderweg*, in K. Nicolaidis, R. Howse (a cura di), *The Federal Version: Legitimacy and Levels of Governance in the US and the EU*, Oxford, Oxford University, 2001, 54 ss., 69, ora anche in J.H.H. Weiler, *La Costituzione dell'Europa* (trad. it. a cura di F. Martines), Bologna, il Mulino, 2003, 531. Secondo tale ricostruzione, i soggetti costituzionali negli Stati membri accettano la disciplina costituzionale europea «not because as a matter of legal doctrine, as in the case in the federal State, they are subordinate to a higher sovereignty and authority attaching to norms validated by the federal peoples, the constitutional subord. They accept it as an autonomous voluntary act endlessly renewed by each instance of subordination [...] The Quebecois are told in the name of the people of Canada, you are obliged to obey. The French or the Italians or the Germans are told: in the name of peoples of Europe, you are invited to obey[...]. When acceptance and subordination is voluntary, it constitutes an act of true liberty and emancipation from collective self-arrogance and constitutional fetishism: a high expression of Constitutional Tolerance».

⁹⁶ Sent. 4-10-1991, *The Society for the protection of unborn children Ireland c. Stephan Grogan*, causa C-159/90, in *Racc.*, I-4695.

⁹⁷ Sent. 17-10-1993, *Meng*, causa C-2/91, in *Racc.*, I-5751.

⁹⁸ Sent. 24-11-1993, *Keck e Mithouard*, cause C-267/91 e C-268/91, in *Racc.*, I-6097.

⁹⁹ Sent. 17-10-1995, *Kalanke*, causa C-450/93, in *Racc.*, I-3051.

¹⁰⁰ Parere del 28-3-1996 *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, C-2/94, in *Racc.*, I-1759.

¹⁰¹ Sent. 13-10-1998, *Grant c. South west trains Ltd*, causa C-249/96, in *Racc.*, I-2143.

¹⁰² O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nell'ordinamento comunitario*, Milano, Giuffrè, 2005.

¹⁰³ Assimilabile, dal punto di vista della *ratio* ispiratrice, all'utilizzo del margine di apprezzamento proprio, come vedremo, dell'armamentario argomentativo della Corte europea dei diritti dell'uomo e non assente nei *reasoning* più recenti della stessa Corte di giustizia. Tale "approccio" è stato definito maggioritario perché i giudici comunitari, tra gli *iter* argomentativi alternativi e le soluzioni finali che potrebbero portare alla risoluzione di un caso, propendono per l'opzione che sembra in grado di incontrare il maggior consenso politico nella maggioranza degli Stati membri, per il suo essere già in qualche modo condivisa dalle esperienze legislative e giurisprudenziali interne agli stessi Stati. A

Il che prova, ancora una volta, la sensibilità dell'organo giurisdizionale europeo ai percorsi evolutivi delle esperienze costituzionali degli Stati membri, al fine sia di recepirle nella propria giurisprudenza sotto la forma di tradizioni costituzionali comuni, sia di evitare che un'accelerazione dell'*acquis* comunitario per via giurisprudenziale non supportata da un percorso parallelo, seppur di matrice normativa, nella prevalenza degli ordinamenti giuridici degli Stati membri possa provocare un moto di "intolleranza costituzionale" interna in reazione ad un'espressione di "arroganza" di matrice sovranazionale (per di più, lo si ribadisce, di fonte giurisprudenziale).

6. Esattamente a metà degli anni sessanta, mentre la Corte di giustizia poneva le fondamenta, come si è appena visto, con *Van Gend en Loos* e *Costa*, per la metamorfosi dell'ordinamento comunitario e per il suo "distacco" dalle basi originarie di diritto internazionale, uno dei giudici della Corte europea dei diritti dell'uomo si chiedeva, senza troppi giri di parole, se la Corte di Strasburgo avesse ancora un futuro oppure, al contrario, se la sua assai breve esistenza¹⁰⁴ stesse già volgendo al termine¹⁰⁵.

Nel momento in cui il giudice Rolin esprimeva le sue preoccupazioni sulla stessa sopravvivenza della Corte EDU, questa aveva avuto modo di pronunciarsi soltanto su due casi in sei anni, adottando la sua prima decisione nel 1960¹⁰⁶ e decidendo per la prima volta sul merito di una controversia nel 1961¹⁰⁷.

Nel 1962, in occasione del secondo caso di cui erano investiti, i giudici di Strasburgo potevano soltanto accertare la sua avvenuta irrilevanza alla luce delle misure che nel frattempo erano state adottate dal Governo belga al fine di riabilitare la situazione del ricorrente.

Sarebbero dovuti passare altri due anni perché la Corte fosse investita del suo terzo caso, che sarebbe stato deciso, sotto il profilo relativo all'ammissibilità, soltanto nel 1967.

questo proposito, non è forse superfluo aggiungere come la prudenza post-Mastricht della Corte di giustizia appena evocata sembri declinarsi secondo modalità decisamente differenti rispetto alla nuova deferenza che caratterizza la giurisprudenza della stessa Corte nel periodo post-allargamento ad est dell'Unione europea. In questa ultima fase, infatti, come si è provato di fare emergere altrove, i giudici di Lussemburgo sembrano, andando oltre una mera logica maggioritaria, disposti a passare da una visione radicale ad una relativa del primato del diritto dell'Unione europea tutte le volte in cui in gioco ci sia la salvaguarda dell'identità costituzionale anche del singolo Stato membro. Una sorta, dunque, di interiorizzazione e comunitarizzazione della teoria dei controlimiti peraltro codificata, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, dal nuovo art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea. Cfr., *amplius*, O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est*, cit.

¹⁰⁴ La Corte entrò in funzione soltanto nel 1959.

¹⁰⁵ H. Rolin, *Has the European Court of Human Rights a Future?*, in *Howard Law Journal*, 1965, 442 ss. Si tratta di uno scritto appassionato ed a tratti piacevolmente ironico, la cui lettura è fondamentale per comprendere come le problematiche che caratterizzavano il momento fondativo della Corte europea dei diritti dell'uomo fossero esattamente opposte a quelle che si pongono nella fase di attuale sviluppo della giurisprudenza di Strasburgo. Basterà qui citare un passaggio della prima pagina dello scritto richiamato, laddove il giudice Rolin confessava che «I hesitate as to whether I deserve the name or the title of judge. I never have been called so much Mr Judge, Judge Rolin and so on. I find it quite nice, I love titles, but I'm afraid that will be the end of it». Così H. Rolin, *Has the European Court*, cit., 442.

¹⁰⁶ Sent. 14-11-1960, *Lawless c. Irlanda*, ric. 332/57, in cui la Corte respingeva le obiezioni preliminari del Governo irlandese.

¹⁰⁷ Sent. 1-7-1961, *Lawless*, cit., ove peraltro non era accertata alcuna violazione della Convenzione.

Tre casi in otto anni, in effetti c'era di che preoccuparsi¹⁰⁸.

Una prima spiegazione per una partenza così “decelerata” da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo può sicuramente farsi rinvenire nell'accoglienza, non esattamente entusiastica, riservata al nuovo meccanismo di aggiudicazione internazionale da parte della maggioranza dei Paesi fondatori della CEDU.

Come si è avuto modo già di accennare, infatti, l'opinione prevalente era che il livello di protezione dei diritti fondamentali che caratterizzava gli ordinamenti delle democrazie occidentali firmatarie della Convenzione non avesse bisogno di un controllo esterno.

Tale convinzione, che è una delle ragioni per cui la Corte EDU si è potuta insediare soltanto nel 1959¹⁰⁹, accomunava sia chi, come la Francia, piuttosto drasticamente, aveva deciso di non ratificare la Convenzione, sia la maggioranza degli altri Paesi firmatari che, ratificandone il testo quasi immediatamente, ne avevano consentito l'entrata in vigore nel 1953.

Quando la Commissione europea dei diritti dell'uomo si insediò nel 1954, lo scenario istituzionale, proprio a causa di tali perplessità, non era dei più incoraggianti.

Nessuno dei due meccanismi che dovevano rappresentare il valore aggiunto della CEDU rispetto al diritto internazionale *tout court* era entrato ancora in funzione, a causa del mancato raggiungimento del numero minimo necessario delle dichiarazioni di accettazione¹¹⁰.

Per quanto riguarda il diritto al ricorso individuale, esso era stato accettato al tempo unicamente da Danimarca, Irlanda e Svezia, mentre soltanto Danimarca ed Irlanda avevano accettato la giurisdizione obbligatoria della Corte.

Fu l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, sin da subito convinta assertrice, come accennato, dell'esigenza di tenere vivo lo spirito integrazionista che aveva animato i lavori iniziali della Convenzione, a prendere l'iniziativa.

Con una raccomandazione adottata nel settembre del 1953¹¹¹ essa, infatti, “invitava” tutti i Governi degli Stati membri ad accettare sia il diritto ad un ricorso individuale («in order to avoid transforming the complaint of an individual into a dispute between State»), sia la giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo («in order that any complaint which the Commission considers legitimate, and which it is not able to settle by conciliation, should be referred to a judicial rather than a political institution»).

L'invito ebbe i suoi frutti, sebbene non tutti quelli sperati. Il ricorso individuale entrava finalmente in vigore per gli individui residenti in Belgio, Danimarca, Irlanda, Svezia, Islanda e Repubblica federale di Germania.

Ci volle ancora più tempo per l'attivazione della giurisdizione della Corte. Ai tre Stati che l'avevano già accettata nel 1953, si aggiunsero Belgio, Olanda e Repubblica federale tedesca nel 1955.

¹⁰⁸ A fine anni sessanta la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva avuto l'occasione di pronunciarsi soltanto su sette casi, come riferisce C. Tomuschat, *The European Court of Human Rights Overwhelmed*, cit., 1 ss., 7.

¹⁰⁹ Soltanto nel 1958 si ebbero infatti le otto dichiarazioni di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte necessarie perché questa potesse effettivamente insediarsi.

¹¹⁰ Come già evidenziato, servivano sei accettazioni del diritto al ricorso individuale, ed otto della giurisdizione obbligatoria della Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹¹¹ Raccomandazione n. 52 del 24-9-1953. Cfr., anche per un approfondimento di tutto il periodo intercorrente tra la firma della Convenzione e l'insediamento della Corte europea dei diritti dell'uomo, A. Robertson, *The European Court of Human Rights*, cit., 1 ss.

Mancavano ancora tre accettazioni, che arrivarono soltanto nel 1958, esattamente cinque anni dopo l'entrata in vigore della Convenzione.

Si è voluto descrivere il difficile scenario iniziale in cui il sistema CEDU ha mosso i suoi primi passi per dare un'idea delle differenti priorità che animavano, nel primo periodo della loro attività, la Commissione europea dei diritti dell'uomo e (dal 1959) la Corte di Strasburgo rispetto a quelle alla base, nello stesso periodo, degli orientamenti assai audaci, come si è detto, della Corte di giustizia.

Mentre quest'ultima, infatti, al riparo dall'interesse dell'opinione pubblica si poteva permettere, di fatto, di "riscrivere" il Trattato CEE, traghettando da una dimensione internazionale ad una sovranazionale l'ordinamento comunitario, la Commissione e la Corte EDU tentavano, sostanzialmente, di garantirsi la loro stessa sopravvivenza (di cui gli stessi giudici di Strasburgo apertamente, come evidenziato, dubitavano) per gli anni futuri, facendo in modo che il sistema originario architettato dai Padri fondatori non restasse lettera morta.

Evidentemente, visti i fini differenti, anche gli interlocutori privilegiati di Lussemburgo e di Strasburgo non coincidevano.

Nel primo caso, come si è visto, essi erano (e sono) principalmente i giudici nazionali, nel tentativo, da parte della Corte di giustizia, di costruire con essi un rapporto di complicità tale da convincerli, almeno in alcuni casi (come quelli tedesco ed italiano), persino a derogare al mandato costituzionale al quale erano (e sono) soggetti¹¹².

Al contrario, la Commissione europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Strasburgo avevano quali interlocutori, in primo luogo, i poteri politici degli Stati membri, ai quali dovevano, per necessità, inviare messaggi di rassicurazione, in modo da persuaderli che l'accettazione del ricorso individuale e della giurisdizione obbligatoria della Corte non avrebbe significato, inevitabilmente, una messa in discussione, in una sede neutra e di natura giurisdizionale, del loro standard interno di protezione dei diritti fondamentali.

Il messaggio che doveva invece passare era evidente: sede privilegiata per la risoluzione di tali questioni sarebbe rimasta quella politica (rappresentata dal Comitato dei Ministri).

Opera di convincimento che, se poteva risultare poco agevole per la Corte, risultava assai più naturale alla Commissione che, vista la sua composizione¹¹³ e la sua vocazione naturale al compromesso, non aveva difficoltà a comprendere le preoccupazioni degli Stati membri¹¹⁴.

¹¹² Si fa riferimento, evidentemente, al principio del giudizio di costituzionalità accentrato che, per forza di cose, i giudici nazionali sono costretti a non rispettare, allorché è chiesto loro di assicurare, con effetto immediato, il primato del diritto comunitario su quello nazionale.

¹¹³ A differenza dei membri della Corte EDU, eletti dall'Assemblea rappresentativa sulla base dei nominativi forniti da ciascuno Stato membro, i componenti della Commissione erano eletti dal Comitato dei Ministri, seppur all'interno del ventaglio dei tre nominativi presentato da ciascuna delegazione nazionale in seno all'Assemblea consultiva. In pratica, come è stato sottolineato, «the first choice of the National government was always elected». Così A. Tomkins, *Civil Liberties in the Council of Europe*, in *European Civil Liberties and the European Convention of Human Rights*, L'Aia, Martinus Nijhoff, 1997, 1 ss., 10. Lo stesso A., studiando la composizione della Commissione europea dei diritti dell'uomo nel periodo intercorrente dal 1980 al 1992, ha osservato come i giudici che ne facevano parte fossero «hardly representative of the people of the Europe, either in age or in gender, and hardly likely to calm fears of statalism and of deference to the views of governments rather than those of complaining individuals». *Ibidem*.

¹¹⁴ Così come sarebbe errato considerare l'attitudine della Commissione esclusivamente orientata a sostenere le ragioni di una maggiore integrazione sovranazionale, sembra anche improprio attribuire all'attività della Commissione

È ragionando su tale *background* ad alta tensione politica che si può spiegare perché così pochi casi, fino agli inizi degli anni settanta, erano stati trattati direttamente dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹⁵.

A tutto ciò si aggiunga che nel 1955, quando finalmente entrava in funzione il ricorso individuale, le attese relative al possibile successo del nuovo meccanismo erano immediatamente disilluse.

Forse proprio perché eccessivamente nuovo, il suo valore aggiunto non era subito compreso dai cittadini degli Stati contraenti.

Nel 1955 la Commissione riceveva soltanto 138 ricorsi individuali. Nel 1956 questi diminuivano a 104, nel 1957 erano soltanto 101. Il picco minimo si raggiungeva l'anno precedente l'insediamento della Corte, nel 1958, quando si contavano soltanto 96 ricorsi.

L'atteggiamento prudente della Commissione si rifletté, come era facile pronosticare, prima ancora che nella sua reticenza a coinvolgere la Corte europea dei diritti dell'uomo, nell'ampissimo utilizzo che essa fece, nei primi anni del suo insediamento, della possibilità di dichiarare i ricorsi inammissibili.

Questi infatti non passavano il filtro di inammissibilità non solo quando non soddisfacevano i requisiti procedurali previsti dalla Convenzione, ma anche quando, ad una prima valutazione nel merito da parte della Commissione, erano considerati infondati, e non "soltanto" manifestamente infondati, come il testo convenzionale avrebbe invece imposto¹¹⁶.

medesima una colorazione esclusivamente filo-governativa, come è invece stato fatto recentemente da chi ha rilevato che «the European Commission conceived its role as being that of a defender of governmental interests, to put it drastically». Così C. Tomuschat, *The European Court of Human Rights Overwhelmed*, cit., 6. A riprova dell'erroneità di tale lettura si consideri quanto la Commissione stessa, in una decisione del 1960, già affermava ponendo le basi per il riconoscimento di un carattere autonomo del sistema CEDU, sostenendo, in particolare, che «en concluant, la Convention (européenne des droits de l'homme), les Etats contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectif, mais réaliser le objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe, tels que les énonce le Statut et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux, de liberté et de prééminence du droit». Così Commissione europea dei diritti dell'uomo, *Austria c. Italia*, 11-1-1961 (ric. 788/60).

¹¹⁵ Una conferma, in questo primo periodo, dell'attitudine, da parte sia degli Stati che della Commissione, ad evitare che della controversia fosse investita anche la Corte emerge guardando al contenzioso interstatale precedente la riforma del protocollo 11. La Corte europea ha avuto modo di pronunciarsi direttamente solo su di uno dei sei ricorsi interstatali di cui erano stati complessivamente investiti gli organi di Strasburgo, confermando, tra l'altro, tutte le violazioni della Convenzione che erano state accertate dalla Commissione (sent. 18-1-1978, *Irlanda c. Regno Unito*, ric. 5310/1971). Per una riflessione sulle grandi aspettative e sugli invece assai modesti risultati del contenzioso relativo ai ricorsi interstatali si veda, almeno, S. Prebensen, *Inter-States Complaints under Treaty Provisions. The Experience Under the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1999, 446 ss.

¹¹⁶ Ai sensi dell'ex art. 27, c. 2 della Convenzione. Com'è stato notato da più parti, la Commissione ha avuto la tendenza, nei primi periodi, ad abusare delle prerogative che le attribuiva il testo convenzionale, rigettando molti ricorsi non, come sarebbe stata tenuta a fare, sulla base di un accertamento relativo all'esclusivo profilo della ammissibilità o alla manifesta infondatezza degli stessi, ma con valutazioni molto più intrusive sul merito della violazione contestata. Cfr. per tutti S.C. Prebensen, *Inter-States*, cit., 336. Lo stesso giudice Rolin, nello scritto prima richiamato, faceva riferimento a due casi dei primi anni sessanta in cui la Commissione aveva dimostrato «a growing tendency to dismiss application on grounds taken from examination of the merits that make the decision final by resorting to the inadmissibility clause» per concludere sottolineando amaramente che «I dont' know of any other jurisdiction in the world which is so deprived of the power to pronounce about its own jurisdiction». Così H. Rolin, *Has the Court*, cit., 445.

Per quanto riguarda la Corte europea diritti dell'uomo, le decisioni sul merito erano solo dieci alla fine del 1973. Tra queste, soltanto in tre casi era accertata una violazione della Convenzione.

Un po' poco per potere permettersi di enucleare una qualsiasi dottrina sulla prevedibilità e, conseguentemente, sull'estensione spaziale dell'efficacia dei propri precedenti, come aveva già fatto, in ben altro contesto, come si è visto, la Corte di giustizia sin dagli esordi della sua giurisprudenza.

6.1. Proprio nel 1973 qualcosa a Strasburgo cominciava a muoversi. La strategia di rassicurazione cui prima si è fatto riferimento sembrava, infatti, ottenere i suoi primi frutti.

L'Italia accettava la giurisdizione obbligatoria e la Francia, l'anno dopo, ratificava finalmente la Convenzione. L'obiettivo minimo della sopravvivenza del sistema sembrava raggiunto e Commissione e Corte, pur non modificando la propria attitudine che rimaneva di grande prudenza, iniziavano ad avere una visione prospettica di medio-lungo periodo.

Per quanto riguarda la Commissione, questa, da una parte, limitava molto di più le sue valutazioni sul merito dei ricorsi, dall'altra, allo stesso tempo, si orientava a sfavorire in maniera meno netta rispetto al passato, nella scelta relativa alla sede in cui risolvere definitivamente la controversia, il forum giurisdizionale della Corte rispetto a quello politico del Comitato dei Ministri.

Il che portò, evidentemente, ad una maggiore continuità dell'attività dei giudici di Strasburgo che, essendo investiti di più casi, ed avendo un futuro meno incerto, iniziavano a caratterizzare la loro giurisprudenza sia sotto un profilo metodologico, dimostrando di preferire alcuni approcci interpretativi rispetto ad altri¹¹⁷, sia sotto quello contenutistico, sottolineando la necessità di una tutela effettiva¹¹⁸ dei diritti previsti dalla Convenzione.

Nonostante tali evoluzioni, permaneva, da parte della Corte, tanto una tendenza ad interpretare piuttosto restrittivamente i poteri che ad essa erano attribuiti per rimediare ai casi di violazione convenzionale¹¹⁹, quanto una preferenza ad adottare una strategia di rassicurazione nei confronti degli organi politici degli Stati membri piuttosto che alimentare un dialogo con i giudici nazionali.

Conferma di tale attitudine è l'"istituzionalizzazione"¹²⁰, nella giurisprudenza di Strasburgo, dell'attenzione, già emersa nelle primissime decisioni¹²¹, all'impatto delle

¹¹⁷ Sotto il primo profilo, i giudici di Strasburgo mostrano di prediligere, così come i colleghi di Lussemburgo, al metodo di interpretazione storica del testo fondativo quello di natura teleologica. In particolare, a questo riguardo, nella sent. 25-4-1978, *Tyrer c. Regno Unito* (ric. 5856/72), in cui i giudici sottolineavano che la Convenzione «è uno strumento vivente che deve essere interpretata alla luce delle condizioni della vita attuale», per la prima volta emergeva con chiarezza la preferenza della Corte EDU per un approccio interpretativo di natura dinamica ed evolutiva, che sarà una costante di tutta la sua giurisprudenza successiva.

¹¹⁸ Per un approfondimento della questione si veda Sir H. Waldock, *The Effectiveness of the System*, cit.

¹¹⁹ Come è stato esattamente notato, fino alla fine degli anni ottanta, la Corte EDU «did not even consider itself competent to make recommendations to the condemned State about which steps it should take to remedy the consequences of the Treaty violation». Così T. Barkuysen, M.L. Van Emmerik, *A Comparative View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, in T. Christou, J.P. Raymond (a cura di), *European Court of Human Rights: Remedies and Execution of Judgments*, Londra, British Institute of International and Comparative Law, 2005, 1 ss., 3.

¹²⁰ Nella sent. 7-12-1976, *Handyside c. Regno Unito*, ric. 5493/72.

¹²¹ Rispettivamente in seno alla Commissione a partire dal caso *Grecia c. Regno Unito* del 1956 e, per quanto riguarda la Corte europea, dal 1961, con la sua prima decisione nel caso *Lawless*, già cit.

proprie pronunce nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri, attraverso l'elaborazione della teoria del margine di apprezzamento¹²².

I giudici di Strasburgo, impegnati a salvaguardare in detti Stati (così come si è visto in particolare per il dopo Maastricht della giurisprudenza della Corte di giustizia¹²³) il principio di tolleranza costituzionale che, a ben vedere, appartiene anche alla dimensione CEDU¹²⁴, continuavano invece a trascurare¹²⁵ di lavorare sulla prevedibilità e sulla coerenza diacronica della propria giurisprudenza¹²⁶.

O meglio, al contrario di quanto facevano nello stesso periodo i giudici comunitari che, grazie ad un approccio didascalico nei confronti dei giudici nazionali erano in grado, come

¹²² La Corte ha "teorizzato" il principio del margine di apprezzamento in una delle decisioni cardine in materia di libera manifestazione del pensiero allorché osservava (a proposito del carattere necessario che devono avere le eventuali restrizioni che gli Stati membri, in certe occasioni tassativamente previste, possono adottare ai sensi del comma 2 dell'art. 10 della Convenzione) che «it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context. Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force» (sent. 7-12-1976, *Handisyde*, cit., par. 48). Alla base di tale "margine di manovra" riconosciuto alle autorità nazionali c'è la consapevolezza, esplicitata dalla Corte di Strasburgo anche nella decisione da ultimo citata, che le autorità statali «by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them». Non si tratta altro, a ben vedere, che di un'espressione del principio di sussidiarietà alla base del meccanismo di protezione dei diritti fondamentali proprio della CEDU, una cui evidenziazione la Corte faceva già nelle sue primissime decisioni, allorché rilevava che «the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights» (sent. 23-7-1968, *Belgian Linguistic*, par. 10).

¹²³ Per giunta, servendosi di uno strumento assai simile rispetto a quello che si è visto caratterizzare l'apparato argomentativo della giurisprudenza comunitaria. Margine di apprezzamento e *majoritarian activism approach* rispondono, infatti, a ben vedere, alla stessa esigenza di graduare l'innovatività del portato di una pronuncia in relazione al livello di accettazione o accettabilità che essa è in grado di ricevere negli ordinamenti degli Stati membri. Livello che è evidentemente proporzionale alla condivisione che sul piano nazionale esiste di una determinata disciplina. Come infatti è stato sottolineato con particolare riferimento alla giurisprudenza CEDU, l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali.

¹²⁴ A questo proposito basti riflettere su quanto è stato notato da Colin Warbrick allorché rilevava, seppur anteriormente alla riforma del protocollo 11, che «there is no central power in the Council of Europe to bring the recalcitrant State into line: the mechanism of implementation is wholly persuasive or, as the Commission usually says, cooperative». Così C. Warbrick, "*Federal*" Aspects of the European Convention on Human Rights, in *Michigan Journal of International Law*, 1989, 689 ss., 693.

¹²⁵ A differenza di quanto faceva nello stesso periodo la sua omologa a Lussemburgo.

¹²⁶ Anche in riferimento alla elaborazione della dottrina del margine di apprezzamento, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è mancata, a veder bene, della sistematicità necessaria. Infatti, un suo eccessivo schiacciamento sul caso concreto, ha impedito ai giudici nazionali di poter enucleare dei test di portata generale sulle ipotesi od i contesti in cui la stessa Corte avrebbe fatto ricorso a questa dottrina. Non a caso, già nel 1990, Paul Mahoney, notando come la Corte procedesse, nel delimitare portata ed ambito di applicazione del margine di apprezzamento, alla luce di una «case by case basis», sosteneva che «the time has probably come to articulate clearer criteria as to the scope of the margin of appreciation», e concludeva riflettendo come le critiche avanzate dalla dottrina circa il difetto di generalità e sistematicità di cui avrebbe sofferto la dottrina del margine di apprezzamento, così come enucleata dai giudici di Strasburgo, sarebbero venute certamente meno «if the contours of the margin of appreciation and consequently of the "no-go area" it in effects sets up were clearly and simply states rather than being left some what in the vague as they now are». Così P. Mahoney, *Judicial Activism*, cit., 83.

si è detto, non solo di estendere l'efficacia di *res interpretata* delle proprie decisioni, ma anche di fare dei giudici interni dei giudici decentrati di diritto comunitario, «the Strasbourg Court restricted itself to developing the “horizontal” rather than “vertical” aspects of the precedent»¹²⁷.

Il che ha impedito ai giudici nazionali di poter ricavare dei test di portata generale sull'evoluzione della casistica giurisprudenziale di Strasburgo in grado di favorire il superamento di un'efficacia esclusivamente *inter partes* delle decisioni della Corte EDU.

Ci sono almeno due giustificazioni ulteriori alla base del mancato sviluppo di questa sensibilità da parte della Corte di Strasburgo, oltre a quella, già evidenziata, di essere tutta concentrata nell'adozione di una strategia di assicurazione nei confronti dei poteri politici degli Stati membri.

Si tratta, invero, di due svantaggi “di partenza” rispetto alla posizione della Corte di giustizia. In primo luogo, se il Trattato CE restava neutrale sull'efficacia spaziale delle pronunce dei giudici di Lussemburgo, l'art. 53 (corrispondente all'art. 46 del testo attuale) della Convenzione chiariva sin dall'origine che le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo obbligano soltanto lo Stato nei cui confronti esse sono pronunciate.

La differenza del grado necessario di audacia argomentativa per ampliare l'ambito di estensione del vincolo giurisprudenziale sta tutta, a ben vedere, nella differenza tra interpretazione *praeter* e *contra legem*.

In secondo luogo, deve notarsi che, mentre la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è geneticamente destinata a focalizzarsi sul caso singolo, la Corte di giustizia, grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale, è in grado di potersi permettere nelle sue decisioni riflessioni di portata più generale e sistematica¹²⁸, lasciando poi al giudice nazionale di rinvio l'onere di decidere sulla questione specifica. Giudice nazionale che, invece, com'è noto, non ha alcun canale di dialogo istituzionale con Strasburgo.

Proseguendo, intanto, con la rapida descrizione del percorso evolutivo interno alla CEDU, con il passare degli anni, grazie anche alla maggiore fiducia acquisita dagli organi di Strasburgo e soprattutto alla metabolizzazione negli Stati membri del “nuovo”

¹²⁷ Così D. Nicol, *Lessons*, cit., 7. È importante qui precisare che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha iniziato, fin dalle origini, a fare riferimento ai propri precedenti quale strumento argomentativo di legittimazione del proprio *reasoning*, attribuendo dunque ad essi, se non un carattere direttamente vincolante, sicuramente un valore di orientamento e di persuasione, evidenziando, com'è stato notato, «a manifest will not to depart lightly from its previous judgment to which the Court frequently refers». Così M.A. Eissen, *La Cour européenne des droits de l'homme*, in *Bulletin de l'association pour la fidélité à la pensée du président René Cassin*, 1983, n. 5. Si veda altresì F. Sundberg, *The European Experience of Human Rights Proceedings: the Precedent Value of the European Court's Decisions*, in *Akron Law Review*, 1987, 629 ss. Più di recente, cfr. anche K. Lucas-Alberni, *Le revirement de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008. In tale prospettiva, per così dire orizzontale, dunque, l'attenzione delle due Corti volta ad evidenziare il carattere di orientamento interpretativo dei propri precedenti è la medesima. Il che consente, come dimostra l'assai approfondito studio di Olivier De Schutter sul punto, la possibilità di proporre una teoria unitaria del precedente “europeo”, in cui vengono esaminate congiuntamente le caratteristiche del precedente nella giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo. Cfr. O. De Schutter, *Le précédent et le juge européen. Pour une structure des révolutions juridiques*, in *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1993, 1127 ss. Ciò che però è mancata, almeno in una prima fase della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è stata, invece, come si accennava, quell'attitudine che ha invece caratterizzato l'approccio pedagogico dei giudici comunitari nei confronti dei giudici nazionali e che ha permesso a quest'ultimi di definire dei test di portata generale sulla continuità diacronica (e sincronica, interna alla stessa pronuncia) delle decisioni della Corte di Lussemburgo.

¹²⁸ Cfr., con particolare riguardo alla graduazione degli effetti temporali delle decisioni della Corte di giustizia, G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, 319 ss.

meccanismo del ricorso individuale, il problema per la Commissione europea e la Corte iniziava a diventare esattamente di natura opposta rispetto a quello sperimentato nel periodo fondativo, vale a dire la difficoltà di riuscire a sopportare la mole di un contenzioso sempre crescente.

Se si pensa che dagli inizi degli anni novanta cominciava il processo di allargamento ad est del Consiglio d'Europa, che avrebbe portato, in pochi anni, a più che raddoppiare il numero dei membri della CEDU, la necessità di una riforma del sistema diventava improcrastinabile.

Il celebre protocollo 11¹²⁹, che amplificava, oltre al numero dei ricorsi, il potenziale di sovranazionalità già insito, come si è detto, nella costruzione originaria del sistema CEDU, era adottato nel 1994 ed entrava in vigore nel 1998.

L'anno prima la Commissione aveva ricevuto 14.166 ricorsi, 703 dei quali erano stati dichiarati ammissibili¹³⁰. In tutto, fino al 1997, la Corte aveva adottato 107 pronunce.

Non si poteva veramente fare di più per un collegio giudicante costituito da giudici "part-time" che non ricevevano un regolare stipendio, ma soltanto dei gettoni di presenza per i loro soggiorni a Strasburgo¹³¹.

¹²⁹ L'innovazione più rilevante apportata dall'entrata in vigore del protocollo 11 è stata quella di aver reso obbligatorio ciò che prima era facoltativo per gli Stati membri: vale a dire ricorso individuale e giurisdizione della Corte EDU. Quest'ultima, a differenza del passato, diventava, dunque, destinataria diretta dei ricorsi individuali, vista la soppressione della Commissione europea dei diritti dell'uomo. Per un approfondimento sui contenuti della riforma e sugli indiscutibili benefici al sistema CEDU da essa apportati, ma anche sulle occasioni perdute nell'adozione della stessa, si vedano, tra gli altri, G. Cohen-Jonathan, *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme: actes de la table ronde du 28 mars 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2004

¹³⁰ Cfr. C. Tomuschat, *The European Court Overwhelmed*, cit., 7.

¹³¹ La nuova Corte post-protocollo 11, istituita in via permanente, è composta da giudici che vi siedono a tempo pieno, con adeguata remunerazione e che, come specifica l'art. 2, «per tutta la durata del loro mandato, non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da una attività esercitata a tempo pieno». È previsto che vi sia un giudice per ogni Stato membro. Il mandato, secondo quanto previsto dall'art. 23, dura sei anni (con un rinnovo parziale della Corte ogni tre anni) ed è rinnovabile. La revoca è possibile «solo se gli altri giudici decidono, a maggioranza dei due terzi, che [il giudice] ha cessato di rispondere ai requisiti richiesti» (art. 24). La Corte adotta in assemblea plenaria il proprio regolamento, elegge (per un periodo di tre anni, con possibilità di rielezione) il presidente e uno o due vice-presidenti, nonché i presidenti delle Camere (parimenti rieleggibili), il cancelliere ed uno o più vice-cancellieri; può inoltre istituire Camere (ulteriori rispetto a quelle ordinariamente previste) per un periodo determinato (art. 26). In relazione alle ulteriori innovazioni relative all'articolazione del lavoro tra la "Grande Camera" (composta da 17 giudici), la Camera ordinaria (composta da sette giudici) e i comitati (composti da 3 giudici che hanno il compito di valutare l'ammissibilità del ricorso). Per un approfondimento sul punto si veda V. Sciarabba, *Tra fonti e corti*, cit., 282. In questa sede si vuole soltanto evidenziare una novità che sembra testimoniare una rinnovata attenzione da parte della Corte EDU a fornire linee guida ai giudici nazionali circa la prevedibilità dei propri orientamenti, il che è evidentemente funzionale alla sua volontà, di amplificare l'efficacia di *res interpretata* delle sue pronunce. La novità cui si fa riferimento è prevista dalla regola n. 50 del regolamento di procedura adottato dalla nuova Corte post-riforma protocollo 11, ai sensi della quale è previsto espressamente che, se in seno alla Camera emerge la possibilità che una questione relativa alla interpretazione della Convenzione possa portare ad un allontanamento rispetto a quanto previsto da una decisione precedentemente adottata dalla Camera stessa o dalla *Grande Chambre*, i giudici della Camera devono rinviare la causa a quest'ultima. Nel 1990, la "vecchia Corte", quando era ormai imminente il grande allargamento ad est del Consiglio d'Europa, dopo aver ammesso che «it is true that the Court is not bound by its previous judgments», aggiungeva che «however, it usually follows and applies its own precedents, such a course being in the interests of legal certainty and the orderly development of the Convention case-law. Nevertheless, this would not prevent the Court from departing from an earlier decision if it was persuaded that there were cogent reasons for doing so». Così sent. 27-09-1990, *Cossey c. Regno Unito*, ric. 10843/84, par. 35.

7. A conclusione di questa indagine relativa ai percorsi evolutivi del sistema CEDU e di quello comunitario, in cui ci si è soffermati sulla loro genesi prima e sui “primi passi” dopo, per poi, infine, dare conto dell’ulteriore evoluzione degli stessi, con specifico risalto al ruolo giocato dalle due Corti europee, fino alla soglia, agli inizi degli anni novanta¹³², del primo grande allargamento ad est (quello del Consiglio d’Europa) che sperimenterà lo spazio giuridico europeo, si può tentare di riprendere alcuni elementi di riflessione che sono emersi dall’indagine.

In primo luogo, è emerso che le distanze originarie esistenti tra i due sistemi, con particolare riguardo al rispettivo impatto interordinamentale, non erano così “siderali” come a volte si è tentati di credere.

Ciò per varie ragioni.

Innanzitutto le intenzioni originarie dei rispettivi Padri fondatori e lo spirito alla base dei due progetti, pur nell’ambito di modelli di riferimento differenti per ambito di competenza, missione ed estensione, condividevano un’innegabile comune visione prospettica tendente ad un’integrazione “più stretta”, anche se a connotazione gradualistica, tra gli Stati membri.

In secondo luogo, per entrambi gli ordinamenti, la genesi è stata di diritto internazionale, seppur di natura istituzionale e non relazionale. E, in entrambi i casi, con delle caratteristiche peculiari, previste *ab origine* dai Paesi fondatori, che accentuavano il livello di incisività interordinamentale dei due sistemi.

Per quanto riguarda poi le due Corti europee, entrambe sono state concepite quali organi giurisdizionali di diritto internazionale seppur, anche in questo caso, dotate di uno strumentario *ad hoc*, in grado di fare emergere un germe di sovranazionalità che sarà poi sviluppato diversamente nella giurisprudenza di Strasburgo e di Lussemburgo nel corso degli anni a venire.

Più precisamente è emerso, nei primi periodi della loro attività, un movimento uguale e contrario da parte delle due Corti europee.

Da una parte, dopo qualche anno di assestamento, i giudici di Lussemburgo hanno dato luogo ad un’accelerazione “storica”, in forza della quale, a partire dal 1963, nell’arco di un ventennio, è praticamente stato riscritto il Trattato istitutivo, amplificando a dismisura l’invasività interordinamentale del suo dettato originario, e, sostanzialmente, trasformando il codice genetico dell’ordinamento comunitario, “iniettandogli” potenti dosi di sovranazionalità, a dispetto della sua genesi di diritto internazionale.

Dall’altra parte, quasi contestualmente, la Corte europea dei diritti dell’uomo, che si insediava nella sua funzione non proprio sotto i migliori auspici, a causa, come è emerso dall’indagine, delle perplessità e dei timori sulla sua istituzione manifestati al riguardo da parte di molti degli Stati contraenti, si trovava a subire una partenza “decelerata”, potendosi pronunciare su non più di una decina di casi in una dozzina d’anni.

Giudici di Strasburgo e membri della Commissione avevano, dunque, ben altre priorità nel periodo immediatamente successivo al loro insediamento che enucleare, al pari dei colleghi di Lussemburgo, una *constitutional doctrine by a common law method*¹³³.

¹³² Con un’incursione nella seconda metà degli anni novanta per accennare alle decisive innovazioni che hanno caratterizzato l’entrata in vigore del protocollo 11.

Dovevano infatti porre le basi per la stessa sopravvivenza del sistema CEDU, e bisognava farlo con gli unici argomenti che potevano fugare i timori degli Stati membri, quindi argomenti di diritto internazionale che mostrassero la massima deferenza possibile nei confronti dei poteri politici delle alte Parti contraenti.

Soltanto quando, a partire dalla metà degli anni settanta, l'obiettivo minimo della "sopravvivenza" era stato raggiunto, la Corte europea dei diritti dell'uomo iniziava a credere maggiormente nel suo ruolo di interprete autentico della Convenzione, come dimostrano i riferimenti che cominciavano ad essere presenti nella sua giurisprudenza ad un'interpretazione evolutiva della stessa Convenzione ed all'esigenza di salvaguardare l'effetto utile di quest'ultima.

Ciò senza mutare l'atteggiamento di massima attenzione relativa all'impatto che la stessa giurisprudenza era in grado di avere nei confronti degli ordinamenti giuridici degli Stati membri, come è dimostrato dall'istituzionalizzazione, in questo periodo, della dottrina del margine di apprezzamento.

Qualche anno più tardi, tra la fine degli anni ottanta e l'inizio degli anni novanta, le cose iniziavano a cambiare anche all'interno dell'ordinamento comunitario .

Gli Stati membri dimostravano, specie a seguito delle innovazioni del Trattato di Maastricht, di volersi riprendere il ruolo di Signori dei Trattati e la Corte cominciava ad attenuare l'attivismo del periodo glorioso, facendo in particolare uso della tecnica del *majoritarian activism approach*.

Intanto a Strasburgo, grazie sia al nuovo spirito integrazionista presente in seno alla Commissione europea dei diritti dell'uomo ed alla fiducia ritrovata da parte della Corte, che al processo di "metabolizzazione domestica" del meccanismo dell'*individual petition*, il peso del contenzioso amplificato dal crescente numero di ricorsi individuali iniziava a diventare insostenibile.

Se a ciò si aggiunge che si era già aperta la stagione dell'allargamento ad est, con la conseguente emersione di nuove problematiche (e nuovi ricorsi), una riforma del sistema era più che mai necessaria.

Ad essa si arrivò con l'adozione del protocollo 11 del 1994, che introduceva delle innovazioni destinate ad amplificare, a partire dal 1998, quanto il protocollo entrava in vigore, il grado di invasività interordinamentale della CEDU.

La sfida successiva per le due Corti europee sarebbe stata, come si è cercato di approfondire altrove¹³⁴, quella di "governare" l'adesione al Consiglio d'Europa e all'Unione europea della gran parte dei Paesi dell'Europa centro-orientale che si erano, nel frattempo, finalmente affrancati dal giogo sovietico.

¹³³ L'espressione è di R. Posner, *Law and Legal Theory in the UK and USA*, Oxford, Oxford University Press, 1996, 14.

¹³⁴ O. Pollicino, *Allargamento dell'Europa ad est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, cit.