

## Il Tribunale costituzionale federale e la teoria selettiva” dei controlimiti

di Francesco Palermo

1. Con un'ordinanza del 14 ottobre 2004 (2 BvR 1481/04), pronunciata all'unanimità, il Secondo Senato del Tribunale costituzionale federale tedesco (BVerfG) segna una nuova, fondamentale tappa del “dialogo” tra corti nello spazio costituzionale europeo della tutela dei diritti fondamentali. Applicando la teoria dei controlimiti anche ai rapporti con la CEDU e con la Corte di Strasburgo, i giudici costituzionali tedeschi ribadiscono i limiti dell'apertura sovra- ed internazionale dell'ordinamento interno ma, come si vedrà, dietro la durezza delle parole sembra di potersi scorgere un atteggiamento molto meno “nazionalista” di quanto a prima vista si potrebbe credere.

La pronuncia risolve la complessa vicenda giudiziaria di un cittadino turco residente in Germania, al quale la Corte d'appello aveva negato l'affidamento del proprio figlio, nato al di fuori del matrimonio, dato dalla madre in adozione al momento della nascita e subito trasferito a una famiglia affidataria. Dopo che lo stesso BVerfG aveva rigettato un primo ricorso costituzionale individuale del padre, questi si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con sent. 26.2.2004 (Görgülü c. Germania, caso n. 74969/01) aveva ritenuto che la decisione finale dei tribunali tedeschi di negare anche in via provvisoria non solo l'affidamento ma anche il diritto del padre di vedere il figlio costituisse una violazione del diritto alla vita privata e familiare di cui all'art. 8 CEDU. Dopo la decisione di Strasburgo il tribunale, riassunta la causa, riconosceva in via provvisoria l'affidamento al ricorrente, ma la Corte d'appello lo sospendeva per motivi procedurali e di merito, non ritenendosi direttamente vincolata alla pronuncia della Corte europea. Contro la decisione della Corte d'appello veniva presentato ricorso costituzionale individuale, lamentando il padre la violazione dei propri diritti fondamentali di dignità e uguaglianza e, quel che qui più conta, la violazione del diritto internazionale ad opera dell'autorità giudiziaria tedesca, per mancato rispetto della pronuncia della Corte europea.

La portata del caso non può tuttavia cogliersi appieno senza ricordare un importante antefatto, il vero convitato di pietra di questa decisione. Solo pochi mesi prima la Corte di Strasburgo aveva fornito un'interpretazione del diritto alla riservatezza e alla tutela della personalità assai diversa da quella fatta propria in precedenza dal BVerfG nel conflitto che opponeva la principessa Carolina di Monaco (e consorte) alla stampa scandalistica tedesca, che aveva pubblicato fotografie della coppia e dei figli scattate senza consenso. Mentre il BVerfG, nella sua ultima decisione sulla vicenda (ord. 26.4.2001 – 1 BvR 758/97), aveva rigettato il ricorso della principessa (“personalità assoluta della cronaca”) e del marito (“personalità relativa della cronaca”, sic!), ritenendo che, nel rispetto di determinati criteri, la pubblicazione di immagini senza consenso fosse ammissibile per la loro popolarità, la Corte di Strasburgo aveva deciso in modo diverso: con sent. 24.6.2004 (von Hannover c. Germania, caso n. 59320/00) i giudici europei avevano bilanciato diversamente il diritto alla personalità e quello di cronaca, facendo prevalere il primo e così indirettamente “sconfessando” l'interpretazione del BVerfG. La decisione che qui si commenta è la prima occasione presentatasi ai giudici di Karlsruhe per rispondere ai colleghi di Strasburgo, ed era dunque prevedibile che i toni non sarebbero stati particolarmente concilianti.

2. La pronuncia del BVerfG ripropone uno stile ormai consolidato nella giurisprudenza delle corti in tema di controlimiti. Dopo una lunga e accurata ricostruzione dei rapporti tra l'ordinamento interno e il diritto convenzionale, improntati al primato del primo, non si ritiene che il caso di specie presenti le condizioni per far prevalere il diritto nazionale, ma si mette in guardia rispetto a ipotesi future. Can che abbaia, ma non morde.

Per il BVerfG la CEDU e la relativa interpretazione giurisprudenziale della Corte europea (a differenza dei trattati comunitari e della giurisprudenza della Corte di giustizia) non vincolano direttamente le autorità e i giudici tedeschi, ma solo la Repubblica federale come soggetto di diritto internazionale. Essendo un trattato internazionale ratificato con legge ordinaria, la CEDU è potenzialmente derogabile da una fonte successiva di pari grado (si riecheggiano insomma le posizioni della Corte costituzionale italiana nei confronti dell'ordinamento comunitario ai tempi della sentenza Costa, n. 14/1964). Pertanto i giudici ordinari sono sottoposti alla CEDU come a qualunque altra legge, che vige solo in quanto rispetti i principi costituzionali. Da qui discendono a cascata inevitabili conseguenze.

In primo luogo, la CEDU non può essere utilizzata come parametro dell'interpretazione costituzionale, ma solo come ausilio nell'ambito del giudizio di costituzionalità (al pari di ogni altra legge), per cui non è proponibile un ricorso costituzionale individuale che lamenti la violazione di un diritto convenzionale, ma solo di un diritto garantito dalla Legge fondamentale. La CEDU e la sua interpretazione giurisprudenziale possono servire come ausilio interpretativo solo in

quanto la loro considerazione non dia luogo a una limitazione nel godimento di un diritto costituzionalmente garantito.

In secondo luogo, e per contro, la Legge fondamentale contiene un principio di apertura internazionale (art. 24 LF) e sovranazionale (art. 23 LF), che comporta la presunzione di un favor nei confronti delle norme di origine inter- e sovranazionale. Il giudice nazionale, sottoposto solo «alla legge e al diritto» (art. 20 LF), dunque anche, come legge ordinaria, alla CEDU, ha pertanto un duplice obbligo: da un lato, deve tenere in debito e argomentato conto la normativa (e la giurisprudenza) di derivazione inter- e sovranazionale (qui: la CEDU); dall'altro, deve cercare sempre di interpretare le norme interne in modo conforme alle norme e alla giurisprudenza inter- e sovranazionale. Il mancato rispetto di quest'obbligo procedurale è di per sé, indipendentemente dal merito, illegittimo.

In terzo luogo, l'obbligo di interpretazione conforme non è illimitato. Esso impone al giudice di tentarla sempre, e tuttavia di adottarla solo in quanto ciò sia «metodologicamente sostenibile» (methodisch vertretbar). Se la riduzione a conformità non gli appare possibile, il giudice deve motivare le ragioni del suo distacco dalla regola generale, e le motivazioni saranno sindacabili dal BVerfG (adito in via di ricorso individuale o incidentale), cinghia di trasmissione tra diritto internazionale e diritto costituzionale e garante ultimo del primato della costituzione. Si tratta dunque di un adattamento al sistema CEDU (in cui manca il potere dei giudici nazionali di disapplicare il diritto interno contrastante con la Convenzione, a differenza di quanto avviene per il diritto comunitario) della giurisprudenza Solange I (BVerfGE 37, 271).

In quarto luogo, sarà il BVerfG a valutare in ultima analisi sia l'adeguata considerazione della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo da parte del giudice interno sia la correttezza metodologica dell'interpretazione conforme al diritto internazionale (e sovranazionale, v. Solange II, BVerfGE 73, 339) e a fortiori della eventuale insanabilità del contrasto.

Infine, poiché l'autorità della CEDU deriva dalla Legge fondamentale ed è a questa comunque subordinata, l'eventuale impossibilità di uniformare l'interpretazione del diritto interno a quello di origine convenzionale comporta che in caso di conflitto insanabile prevalga la norma interna, come interpretata alla luce della costituzione. In un simile caso, che può verificarsi quando la norma (o la giurisprudenza) convenzionale vada a violare il contenuto essenziale di un diritto fondamentale garantito dalla Legge fondamentale (teoria dei controlimiti), la costituzione impone che la Repubblica federale tedesca accetti la responsabilità internazionale che ne deriva (obbligo di pagare al ricorrente una compensazione adeguata), per salvaguardare i principi inviolabili e prevalenti del proprio ordinamento costituzionale.

Fin qui nulla di veramente nuovo. Si tratta di un riadattamento dei principi giurisprudenziali già elaborati in decenni di «rapporto di collaborazione» con la Corte di giustizia (dualismo, controlimiti, apertura condizionata) alla più semplice ipotesi dei rapporti con la CEDU e la Corte di Strasburgo: trattandosi di diritto internazionale non si pone infatti il problema della disapplicazione del diritto interno, né quello dell'effetto diretto e tantomeno quello del primato, e neppure si deve affrontare il delicato tema della nullificazione.

Non è nuova nemmeno la decisione finale: dopo la lunga ricostruzione del primato del diritto (costituzionale e persino legislativo) nazionale su quello convenzionale, si riconosce che nel caso di specie il giudice nazionale è inciampato nel primo gradino del test, omettendo di tenere in adeguata considerazione la CEDU e la sua interpretazione. Il ricorso viene dunque accolto, stabilendosi che più che di violazione del diritto internazionale (astrattamente consentita dalla Legge fondamentale) si è trattato di insufficiente e non adeguata considerazione dell'obbligo costituzionale di tenerne conto.

3. L'aspetto di maggiore novità, oltre alla chiarezza delle argomentazioni, sta tuttavia nella loro reale portata, invero trascurata nei primi commenti (colpiti dalla forte riaffermazione del primato della costituzione) ma che sembra invece utile e necessario evidenziare. Nel ricordare i controlimiti, infatti, il BVerfG non si accontenta di una loro indicazione generica, ma per la prima volta li specifica, sia pure in via esemplificativa. Il Tribunale ricorda che è specialmente in determinati ambiti, tra cui «soprattutto il diritto di famiglia, il diritto degli stranieri e il diritto della personalità» (evidente il richiamo al caso Carolina di Monaco), particolarmente sensibili per la delicatezza del bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti, che la ponderazione tra questi operata dalla Corte europea può risultare diversa e meno articolata rispetto a quanto possano e debbano fare i tribunali nazionali. Questo soprattutto per la struttura del processo davanti alla Corte di Strasburgo, in cui le parti sono diverse e meno numerose rispetto al processo nazionale, non essendo rappresentati tutti i titolari dei diritti oggetto di valutazione bilanciata ma solo (almeno come parti principali) il ricorrente contro lo Stato. Ciò può condurre a un eccesso di semplificazione nel bilanciamento dei diritti davanti alla

Corte europea, dovuto alla mancata rappresentanza processuale di tutti gli interessi in gioco (sub 57 ss.).

L'indicazione dei settori soggetti a "particolare bilanciamento" sembra il vero punto nodale della pronuncia, e la sua reale novità. Nella ricostruzione della teoria dei controlimiti il BVerfG mai aveva sinora specificato gli ambiti concreti di possibile deviazione tra l'interpretazione delle corti sovra- ed internazionali e quella imposta dalla costituzionale nazionale, lasciandosi dunque ampio margine di discrezionalità nell'individuarli nel caso di specie. Qui invece, nel riaffermare con orgoglio la sua ultima parola, la "gelosia" per la sovranità nazionale, il Tribunale sembra iniziare a circoscrivere gli ambiti in cui il potenziale conflitto potrebbe prodursi. L'emersione di un conflitto (e la conseguente applicazione della teoria dei controlimiti) è realisticamente ipotizzabile solo in alcuni settori particolarmente adatti a fungere da indicatori dell'identità costituzionale dello Stato, che rappresentano il contenuto essenziale e la ragion d'essere dei controlimiti. Il BVerfG sembra quasi ricordare a se stesso e ai giudici ordinari che l'identità costituzionale nazionale si esprime (e va protetta anche contro l'integrazione sovra- ed internazionale) in pochi settori particolarmente sensibili, oggetto di un complesso bilanciamento tra situazioni costituzionalmente protette, come la famiglia, la disciplina degli stranieri, la sfera personale. Per contro su questioni non essenziali (magari il mercato delle banane, oggetto com'è noto di una famosa saga giurisprudenziale, v. BVerfGE 102, 147) può (e deve?) prevalere l'identità europea. Di conseguenza, la presunzione di compatibilità tra i sistemi di protezione dei diritti fondamentali (e le relative interpretazioni) nello spazio costituzionale delle integrazioni europee è forte nei settori indicati, e fortissima negli altri.

In definitiva ancora una volta la riaffermazione, tanto più se circoscritta e selettiva – potremmo dire: limitata – dei controlimiti, si riduce a una indiretta conferma dell'ineluttabilità del processo (rectius, dei processi) di integrazione, garantiti dalla volontarietà dell'adesione ad essi. Una volontarietà che tuttavia è nel concreto suscettibile di manifestarsi solo in aree sempre più ristrette. I giudici costituzionali tedeschi sembrano insomma continuare ad affermare un dualismo spietato e a praticare un monismo di fatto: quanto più i controlimiti si ribadiscono a parole, tanto meno se ne traggono conseguenze nei fatti. Quasi che essi servano soltanto a dare sicurezza nell'inquieto ma ineluttabile cammino dell'integrazione: sapere di potersi fermare in qualunque momento aiuta a correre più veloci.

(di Francesco Palermo, Professore associato di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona)