

La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale *

di Oreste Pollicino e Vincenzo Sciarabba

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. *La Corte europea dei diritti dell'uomo*. – 2.1. Il contesto istituzionale. – 2.2. La “base normativa” e la sua evoluzione. – 2.3.1. La composizione della Corte. – 2.3.2. (segue:) Un confronto critico con le Corti nazionali. – 2.4. Le funzioni e le modalità operative. – 2.5. Il parametro. – 2.6. L' oggetto. – 2.7. La dottrina del margine di apprezzamento e i rapporti con le Corti nazionali – 2.8.1. I problemi posti dall'allargamento ad est del Consiglio d'Europa. – 2.8.2. (segue:) Le risposte della Corte europea. – 2.9.1. L'amplificazione dell'effetto diretto della giurisprudenza di Strasburgo... – 2.9.2. ...e dell'effetto indiretto delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2.10. Il problema del superamento del giudicato nazionale. – 2.11. Il protocollo n. 12 sull'eguaglianza e le sue possibili ripercussioni. – 2.12. Le innovazioni previste dal protocollo n. 14. – 3. *La Corte di giustizia dell'Unione europea*. – 3.1. La base normativa: aspetti strutturali e operativi. – 3.2. Le funzioni. – 3.3.1. Il parametro: l'elaborazione della Corte in tema di “principi generali” e diritti fondamentali. – 3.3.2. (segue:) La Carta dei diritti e le sue potenzialità in riferimento al ruolo “costituzionale” della Corte di giustizia (e... dei giudici comuni?). – 3.4.1. L'oggetto: il sindacato (diretto) sugli atti comunitari... – 3.4.2. ...e il sindacato (essenzialmente indiretto) sugli atti nazionali (...nell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione). – 3.5. Gli effetti delle decisioni. – 3.6. Laprima prudenza post-Maastricht. 3.7. Tendenze recenti: le reazioni della Corte di giustizia ai nuovi problemi posti dall'allargamento ad est dell'Unione. – 4. Gli scenari futuri: in particolare, la prospettiva dell'adesione dell'Unione alla CEDU. – 5. Conclusioni generali.

1. INTRODUZIONE

Nel presente contributo ci si occuperà, in modo il più possibile organico, ma con un taglio volutamente selettivo e incentrato su quei profili che potrebbero definirsi in senso lato e in prima battuta (salve cioè le riflessioni che proprio su questo aspetto si svolgeranno) “costituzionali”, delle due grandi Corti europee, quella di Strasburgo e quella di Lussemburgo.

Tali due Corti – può notarsi anticipando quanto dovrebbe emergere dalla trattazione e si avrà modo di argomentare più ampiamente nelle conclusioni – sono accomunate dalla loro natura “sovranzionale” e si differenziano tuttavia sotto moltissimi e fondamentali aspetti, rilevanti anche nella specifica prospettiva del presente scritto.

Per questo motivo, di esse ci si occuperà separatamente, salvi diversi riferimenti comparatistici “incrociati” nel corso della trattazione (e un paragrafo, il quarto, in cui si toccano aspetti direttamente coinvolgenti entrambi le Corti) e salve soprattutto delle riflessioni più generali che si svolgeranno appunto nelle conclusioni.

Una questione concettuale di fondo, che emerge già dai pochissimi cenni effettuati e che attraverserà (visibilmente o invisibilmente) tutto il contributo, rendendo quindi opportuna una sua esplicita anticipazione in sede introduttiva, è quella del rapporto tra i caratteri (in ipotesi) “costituzionali” e i caratteri “sovranzionali” di tali

* Il presente contributo – versione più ampia di una relazione svolta il 26 marzo 2010 a Venezia nell'ambito del “I Workshop in Diritto dell'Unione europea e internazionale” organizzato da Magistratura democratica e MEDEL – è in corso di pubblicazione nel volume *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, a cura di Luca Mezzetti. Sono imputabili a Oreste Pollicino il par. 2; il par. 2.1; il par. 2.3.2; il par. 2.5; il par. 2.6; i par. 2.8.1 e 2.8.2; i par. 2.9.1 e 2.9.2; il par. 3; il par. 3.5; il par. 3.6; il par. 3.7; il par. 5. A Vincenzo Sciarabba sono invece imputabili il par. 1; il par. 2.2; il par. 2.3.1; il par. 2.4; il par. 2.7; il par. 2.10; il par. 2.11; il par. 2.12; il par. 3.1; il par. 3.2; i par. 3.3.1 e 3.3.2; i par. 3.4.1 e 3.4.2; il par. 4.

Corti (nonché, nella misura in cui il discorso li implichi, dei rispettivi ordinamenti o sistemi).

I due aspetti, come è noto, tendono spesso a intrecciarsi e talora a “sovrapporsi”. Essi, tuttavia, non dovrebbero mai “confondersi”. E, per certi versi, e a determinati fini, potrebbe addirittura risultare opportuno provare, con le dovute precisazioni e cautele, a *giustapporli*; non tanto per ragioni “ontologiche”, quanto piuttosto per porre meglio in luce, attraverso un uso più meditato e “funzionale” delle categorie concettuali, alcune peculiarità dei sistemi europei, che rimarrebbero in ombra ove si tentasse di applicare a tali sistemi (e, per quanto ci interessa, alle relative Corti), *sic et simpliciter*, le categorie tradizionali del diritto (e della giustizia) costituzionale, forgiate nell’ambito di Stati unitari o, al più, di Stati federali.

Ciò è quanto si tenterà di fare, come si è detto, soprattutto nel corso delle conclusioni.

2. LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL’UOMO

La questione se la Corte di Strasburgo possa essere equiparata ad una Corte costituzionale non è certo nuova¹, né puramente terminologica e priva di interesse. In tempi recenti, essa è stata risolledata con maggior frequenza che in passato, alla luce di una serie di elementi sopravvenuti (sui quali ci si soffermerà in seguito) che inducono a chiedersi se il sistema convenzionale si caratterizzi ancora per una sua esclusiva (o fortemente prevalente) vocazione alla *individual justice*, o se, invece, siano diventati nel corso degli ultimi anni soverchianti i tratti propri di una *constitutional justice*, intesa in senso stretto e “oggettivo”².

A tale riguardo, come si vedrà, notevole importanza riveste la mutata percezione del proprio ruolo da parte della stessa Corte europea. Quest’ultima sembra, infatti, per le ragioni che si esamineranno, sempre più incline a svestire i panni di custode secondario dei diritti fondamentali per (provare ad) avere, attraverso una sempre crescente attitudine ad andare oltre il caso concreto, una maggiore capacità di influenza sui sistemi giuridici degli Stati membri, fino ad arrivare, a detta di alcuni, ma su questo punto, come si cercherà di argomentare in sede conclusiva, non ci sentiamo di concordare pienamente, ad assumere il ruolo di «Corte costituzionale paneuropea dei diritti fondamentali»³.

¹ Già nel 1995 I. CAMERON si poneva il problema nel suo scritto *Protocol 11 to the European Convention of Human Rights: the European Court of Human rights as a constitutional Court?*, in *Yearbook of European Law*, 1995, p. 219 ss. Vedi anche J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l’homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, 1998, p. 711 ss., a cui rispondeva qualche anno dopo L. FAVOREU, *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Melanges en l’honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 35 ss., e L. WHILDABER, *A constitutional future for the european court of human rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161 ss.

² V. almeno R. HARMSSEN, *The European Court of human rights as a Constitutional Court, Definitional debates and Dynamic of Reform*, in J. MORISON e K. MCEVOY (a cura di), *Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007. p. 33 ss. e A. STONE SWEET, *Sur la Constitutionnalisation de la Convention europeenne des droits de l’homme: cinquanta ans après son installation. La Cour européenne des droits de l’homme conçue comme une cour constitutionnelle*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2009, p. 924 ss.

³ Vedi J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits cit.*, p. 711 ss.

Al fine di accertare, per un verso, se tale mutamento di ruolo sia effettivamente in atto, e, per altro verso, se (e a quali condizioni) esso sia auspicabile, è necessario guardare alla questione attraverso differenti e complementari prospettive di indagine, che spazieranno – in via di primissima approssimazione – dall’esame dei dati normativi, giurisprudenziali e fattuali relativi alla composizione e alle modalità di funzionamento della Corte europea, al suo contesto istituzionale, al parametro e all’oggetto dei suoi giudizi, fino all’esame di alcune sue “classiche” tecniche argomentative ed alla “lettura” dei suoi più recenti orientamenti giurisprudenziali e delle ultime riforme normative, contestuali o successive all’ “allargamento” a est della giurisdizione della Corte.

Su tali basi, come si è anticipato nell’introduzione, si formuleranno in sede conclusiva alcune riflessioni generali, anche in relazione all’altra grande esperienza di giustizia sovranazionale europea, ossia quella della Corte di giustizia dell’Unione.

2.1. Il contesto istituzionale

Una prima considerazione va fatta in relazione allo scenario istituzionale all’interno del quale opera la Corte di Strasburgo, ossia quello del Consiglio d’Europa, che non è nemmeno possibile provare a comparare – come invece è stato fatto per l’assetto istituzionale europeo – alla “forma di governo” che fa da contesto all’esercizio delle funzioni delle Corti costituzionali.

L’assemblea parlamentare non è per nulla paragonabile ad un Parlamento nazionale, né per composizione né per ruolo. Non è titolare di alcuna funzione legislativa così come classicamente intesa. La maggioranza dei suoi lavori si conclude con dei rapporti che non vincolano gli Stati contraenti. Dal canto suo, il Comitato dei Ministri, organo decisionale del Consiglio d’Europa e composto dai Ministri degli Esteri di tutti gli Stati membri o dai loro rappresentanti diplomatici permanenti a Strasburgo, può essere definito solo impropriamente un organo esecutivo, non fosse altro perché manca un indirizzo politico all’interno del sistema CEDU, che ha invece come missione esclusiva quella di garantire la protezione, all’interno dei Paesi parte del Consiglio d’Europa, dei diritti previsti dalla Convenzione. Non stupisce, dunque, che neanche le raccomandazioni del Comitato dei Ministri siano vincolanti per gli Stati membri.

In ogni caso la Corte europea non ha nessuna competenza a valutare la conformità delle attività, dei rapporti e delle raccomandazioni dell’Assemblea e del Comitato dei Ministri. Non può quindi in nessun modo ad essa essere attribuito l’epiteto, coniato da Louis Favoreu, di *aiguilleur*⁴ del sistema istituzionale in cui si innesta, anche perché nel sistema CEDU, «il n’y a pas des systèmes normatifs organisés, ni de véritable répartition des compétences»⁵.

⁴ Tra i tanti scritti in cui il compianto costituzionalista francese specifica tale nozione vedi almeno lo scritto in cui l’A. espone in modo più chiaro le ragioni a detta delle quali sarebbe errato definire quale Corte costituzionale la Corte europea dei diritti dell’uomo (ma anche la Corte di giustizia delle comunità europee). Si sta facendo riferimento a L. FAVOREU, *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg* cit., in cui, a p. 42, espressamente l’A. rileva che «Le Cours constitutionnelles sont des aiguilleurs: elles ont pour tâche essentielle d’indiquer aux gouvernants quelles voies normatives il peuvent emprunter pour réaliser des réformes».

⁵ Così L. FAVOREU, *Les cours* cit., p. 42. Si tratta di una considerazione che l’A. fa anche guardando al ruolo ed alla posizione della Corte di giustizia delle Comunità europee all’interno del sistema comunitario.

D'altro canto non può invece negarsi che la Corte di Strasburgo possa svolgere la funzione di *pointsmen* a cui si riferisce Favoreau con riguardo – in una prospettiva interordinamentale che guarda alla dimensione nazionale comparata del sistema CEDU – alle attività degli organi politici (Parlamento e Governo), ma anche giurisdizionali (giudici comuni nonché Corti costituzionali) degli Stati contraenti, nel caso in cui questi mettano in discussione la protezione accordata dalla stessa Corte ai diritti previsti dalla CEDU.

Anche a voler considerare tale prospettiva, però, resta il fatto che un'altra delle caratteristiche proprie delle Corti costituzionali (in connessione al loro inserimento in sistemi istituzionali di un certo tipo), cioè la possibilità che le proprie interpretazioni del parametro costituzionale vengano superate attraverso revisioni costituzionali (salvi soltanto eventuali limiti sostanziali ed assoluti alla revisione), è di fatto esclusa per la Corte europea dei diritti dell'uomo, a causa della unanimità, sempre più improbabile visto l'altissimo numero di Paesi Contraenti, richiesta per la modifica della CEDU. L'impossibilità per la Corte di essere contraddetta da parte del potere convenzionale degli Stati membri, come è stato autorevolmente rilevato, costituisce dunque una situazione che fuoriesce dal modello di Corte costituzionale classicamente inteso⁶.

2.2. La "base normativa" e la sua evoluzione

Per comprendere, in sé e nelle sue tendenze evolutive, il ruolo della Corte europea (anche e soprattutto nei tratti che potrebbero definirsi "costituzionali") è in ogni caso opportuno ripercorrere le tappe normative che hanno portato alla situazione odierna, partendo dalle origini (in seguito, ci si soffermerà su diversi elementi giuridici e fattuali di non minore rilievo a questi fini, quali in particolare la giurisprudenza "autoplasmane" della stessa Corte europea e, sotto altro profilo, il relativamente recente processo di "allargamento" della giurisdizione della Corte di Strasburgo, con le importanti conseguenze che si porranno in luce).

Come è noto, la Convenzione fu elaborata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, poco dopo la fine della seconda guerra mondiale. Sottoscritta il 4 novembre 1950 da 14 Stati (Belgio, Danimarca, Francia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica federale tedesca, Svezia, Turchia), è entrata in vigore, una volta ratificata da dieci Stati firmatari, nel settembre 1953, ed è stata successivamente integrata e modificata in più occasioni.

Scopo concordemente attribuito alla Convenzione era quello di contrastare i possibili abusi che il potere statale – in tutte le sue espressioni, compresa quella più alta rappresentata fino a quel momento, in via di fatto se non di diritto, dalla funzione legislativa – aveva dimostrato di poter produrre (a causa tra l'altro della tendenziale flessibilità delle costituzioni ottocentesche e, comunque, della quasi totale assenza di forme di controllo giurisdizionale di legittimità costituzionale): in sostanza, dunque, un'esigenza simile a quella cui si era cercato di provvedere all'interno dei vari ordinamenti nazionali con (l'adozione di testi costituzionali rigidi e con) la previsione di appositi organi di giustizia costituzionale. A tal fine, anzi, può ricordarsi come nel 1950, al momento della sottoscrizione della CEDU, solo uno di questi organi di "giustizia costituzionale interna" fosse effettivamente attivo. Anche se, d'altra parte, fu necessario attendere fino al 1955 e, rispettivamente, fino al

⁶ L. FAVOREU, *La notion de Cour constitutionnelle*, in *De La Constitution*, Étude en l'honneur de J.F. Aubert, 1996, p. 26.

1959, pure per l'effettiva entrata in funzione della Commissione europea dei diritti dell'uomo e per l'elezione dei giudici della Corte di Strasburgo: ciò in quanto l'attivazione del ricorso individuale – e quindi, nel quadro normativo di allora, delle competenze della Commissione – era subordinata, ex art. 25, all'accettazione della relativa clausola da parte di almeno sei Stati; mentre l'entrata in funzione della Corte era subordinata, ex art. 56, all'accettazione della sua giurisdizione da parte di almeno otto Stati.

Un'importanza cruciale nel “meccanismo” della Convenzione, affinché questa potesse assolvere alla sua funzione, spettava chiaramente già all'epoca al connesso aspetto istituzionale e procedurale.

Già prima delle riforme degli anni novanta erano rinvenibili, proprio sul versante “operativo” della Convenzione, elementi tali da supportare – su un piano tecnico e concreto e non solo su un piano ideale – l'affermazione per cui con tale strumento pattizio gli individui sarebbero diventati “soggetti del diritto internazionale”⁷. Tali elementi erano appunto (a) la facoltà dei singoli di rivolgersi, se non già alla Corte, alla Commissione (facoltà peraltro rimessa alla disponibilità delle Parti contraenti), e, in ogni caso (b), pur in assenza di un ricorso diretto dei singoli, il riconoscimento del «carattere obiettivo» delle obbligazioni sottoscritte dagli Stati contraenti nella Convenzione: ad esempio, la decisione della Commissione dell'11 gennaio 1961, *Austria c. Italia*, affermava che, «stipulando la Convenzione, gli Stati contraenti non hanno voluto concedersi dei diritti e delle obbligazioni reciproche utili al raggiungimento dei rispettivi interessi nazionali, ma realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa», sicché «[tali obbligazioni] hanno essenzialmente un *carattere obiettivo*, per il fatto che esse hanno lo scopo di proteggere i diritti fondamentali dei singoli contro le violazioni degli Stati contraenti, piuttosto che creare diritti soggettivi e reciproci *tra questi ultimi*».

Lo slittamento dal piano “internazionale” al piano, in senso (molto) lato, “costituzionale” – o comunque, ecco il punto, “sovranazionale” – è evidente.

È peraltro soprattutto in conseguenza dell'entrata in vigore del protocollo n. 11, nel 1998, che il ruolo della Convenzione (sul piano delle “fonti”) e soprattutto quello della giurisdizione di Strasburgo (sul piano delle “corti”) hanno assunto la massima importanza nel “circuito costituzionale europeo”.

Già nel 1994 il protocollo n. 9 aveva introdotto la facoltà di ricorso diretto *alla Corte* da parte *dei singoli* (i quali fino a quel momento potevano tutt'al più adire la Commissione). Tuttavia, tanto la sottoposizione, in generale, alla giurisdizione della Corte quanto, per altro verso, la possibilità di essere comunque coinvolti da un ricorso presentato da parte di singoli restavano ancora una volta, col protocollo n. 9, rimessi alla disponibilità degli Stati contraenti (ancorché, per prassi consolidata, l'accettazione di tali clausole costituisse requisito per l'ammissione dei nuovi membri).

Una fondamentale novità conseguente alla riforma del 1998 è dunque, anzitutto, l'abolizione di tale residuo potere statale di sottrarsi ai più incisivi meccanismi di

⁷ Secondo un'espressione utilizzata nel 1950 da R. CASSIN, *L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle*, in AA.VV. *La technique et les principes du droit public. Mélanges Georges Scelles*, Paris, 1950, I, p. 67 ss. Per un'efficace ricostruzione del sistema della Convenzione, con particolare attenzione al ruolo di essa e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo nell'ambito dei diversi ordinamenti interni, sul piano “statico” delle fonti e sul piano “dinamico” delle applicazioni giurisdizionali, cfr. senz'altro L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.

controllo, con la generalizzazione e “l’assolutizzazione” del diritto di ricorso *alla Corte* da parte *dei singoli* (nonché delle organizzazioni non governative e dei gruppi di privati vittime di violazioni).

Inoltre, il protocollo n. 11 ha innovato radicalmente il complessivo sistema di garanzia della Convenzione, sopprimendo la Commissione e la “vecchia” Corte e istituendo di una “nuova” Corte che, anche attraverso le sue articolazioni interne e una (relativamente) efficace ripartizione di funzioni tra le stesse, gestisce tutti i ricorsi, dal vaglio di ricevibilità alla decisione di merito, salvo il ruolo del Comitato dei Ministri quanto alla sorveglianza sull’esecuzione di quest’ultima (su tali aspetti funzionali ci si soffermerà nel par. 2.4).

Oggi, la sempre più utilizzata possibilità che ciascun soggetto ha di rivolgersi, esauriti i ricorsi interni, e senza ulteriori mediazioni, alla Corte europea determina l’esercizio, da parte di questa, di competenze decisionali quantitativamente (per l’estensione dei campi direttamente o indirettamente toccati dalle sue numerose statuizioni) e qualitativamente (per la delicatezza e la “fondamentalità”, se si vuole l’intrinseca “costituzionalità”, dei temi affrontati) di tutto rilievo. La stessa circostanza più comunemente addotta a ridimensionare il ruolo della Corte europea – quella cioè per cui le sue sentenze avrebbero scarso impatto in quanto limitate a casi specifici e sarebbero inidonee a incidere sulla validità degli atti statali e più in generale a produrre effetti su larga scala – appare recentemente messa in discussione, come si vedrà, dalla crescente propensione di tale Corte ad occuparsi anche di aspetti “strutturali” degli ordinamenti nazionali (innanzitutto, con riguardo a discipline legislative considerate all’origine delle violazioni riscontrate), spingendosi talora fino alla puntuale individuazione delle modifiche da apportare per ristabilire la “legalità convenzionale” (e prevenire nuove violazioni e nuovi ricorsi di tenore analogo a quelli già affrontati). Soprattutto a questo riguardo l’accostamento (e la necessità di coordinamento) con il ruolo svolto dalle Corti costituzionali, salve tutte le precisazioni ed i *distinguo* del caso, risulta evidente.

2.3.1. *La composizione della Corte*

Venendo alla composizione e alle modalità di nomina dei giudici della Corte, occorre anzitutto ricordare che essa è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati membri (art. 20 della Convenzione), ognuno scelto, ai sensi dell’art. 22, dall’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa all’interno di una lista di tre persone presentata da ciascuno Stato (“in relazione al quale”, o “a titolo del quale”, egli verrà eletto).

Della massima importanza, a questo riguardo, è la previsione dell’art. 27, c. 2, in virtù della quale «[i]l giudice eletto a titolo di uno Stato parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera; in caso di assenza di questo giudice, o se egli non è in grado di svolgere la sua funzione, lo Stato parte nomina una persona che siede in qualità di giudice». D’altra parte, l’art. 13 del regolamento della Corte precisa che i giudici «non possono assumere la presidenza in un caso nel quale è parte una Parte contraente della quale sono cittadini o in relazione alla quale sono stati eletti».

Ai sensi dell’art. 21, i giudici, che siedono alla Corte «a titolo individuale», «devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l’esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giureconsulti di ricono-

sciuta competenza». Essi sono eletti dall'Assemblea a maggioranza dei voti espressi, anche sulla base dell'esame di un *curriculum vitae* (teoricamente *standard* per ogni candidato) e di un'audizione individuale presso una sottocommissione speciale⁸.

Il mandato, secondo quanto previsto dall'art. 23, dura in via di principio sei anni, con un rinnovo parziale ogni tre anni⁹.

Il mandato è incompatibile con qualsiasi vincolo o attività contrastante con le esigenze di autonomia, imparzialità e disponibilità connesse a un'attività esercitata a tempo pieno (art. 21, comma 3). D'altra parte, però, esso è rinnovabile. La previsione della rieleggibilità, accoppiata a quella della pubblicità delle *dissenting opinions* (v. oltre), ha suscitato perplessità in dottrina: meritano di essere citate le considerazioni di H.G. SCHERMERS, il quale ha osservato che, "essendo pubblicate le opinioni dissenzienti, l'Assemblea è a conoscenza di come ciascun giudice ha votato in ciascun caso, e in ogni caso in cui egli abbia dissentito l'Assemblea ne apprende dalla sua opinione il motivo. Ciò lede l'indipendenza dei giudici. Quando essi intendono essere rieletti, essi sono tentati di non votare contro il proprio governo per paura di non essere proposti come candidati. Ciò li rende, in qualche misura, dipendenti dai loro governi. I giudici desiderosi di essere rieletti subiscono una certa spinta a non prendere posizioni contrarie alle visioni dell'Assemblea parlamentare, per paura di non essere rieletti. Ciò li rende, in qualche misura, dipendenti dall'Assemblea parlamentare. La dipendenza dai governi, per quanto piccola possa essere, è inaccettabile"¹⁰.

La revoca è possibile «solo se gli altri giudici decidono, a maggioranza dei due terzi, che ha cessato di rispondere ai requisiti richiesti» (art. 24).

Avendo riguardo alle effettive modalità di funzionamento della giurisdizione di Strasburgo, non si può infine non menzionare la previsione dell'art. 25, secondo cui «[l]a Corte dispone di un ufficio di cancelleria i cui compiti e la cui organizzazione sono stabiliti dal regolamento della Corte. Essa è assistita da referendari».

2.3.2. (segue:) *Un confronto critico con le Corti costituzionali nazionali*

⁸ Può ricordarsi in proposito la circostanza, segnalata da A.R. MOWBRAY, *The composition and operation of the new european Court of human rights*, in *Pub. L.*, 1999, p. 219 ss. (p. 220), per cui «when the Parliamentary Assembly voted it followed the sub-committee's recommendations, with the exception of the position of the British national judge, where the Assembly appointed the British government's preferred candidate».

⁹ Il comma 3 dello stesso articolo prevede che «[a] fine di assicurare, nella misura del possibile, il rinnovo dei mandati di una metà dei giudici ogni tre anni, l'Assemblea parlamentare può, prima di procedere ad ogni ulteriore elezione, decidere che uno o più mandati dei giudici da eleggere abbiano una durata diversa da quella di sei anni, senza tuttavia che questa durata possa eccedere nove anni o essere inferiore a tre anni»; il comma 5 che «[i]l giudice eletto in sostituzione di un giudice che non abbia completato il periodo delle sue funzioni, rimane in carica fino alla scadenza del periodo di mandato del suo predecessore»; il comma 6 che «[i]l mandato dei giudici termina quando essi raggiungono l'età di 70 anni»; il comma 7, infine, dispone – con una norma che riduce ma non elimina il rischio di "boicottaggi" da parte dei Governi nazionali – che i «giudici restano in funzione fino a che i loro posti non siano ricoperti. Tuttavia essi continuano a trattare le cause di cui sono già stati investiti».

¹⁰ H.G. SCHERMERS, *Human Rights in the European Union after the reform of 1 November 1998*, in *Eur. Pub. L.*, 1998, IV, p. 335 ss. (p. 338, traduzione nostra).

Le regole sulla composizione e sulle modalità di nomina della Corte, esaminate nel paragrafo precedente, non sembrano potersi accostare a quelle generalmente seguite per la nomina dei giudici delle Corti costituzionali.

Nonostante l'ampia varietà dei metodi di designazione che si rintracciano nell'ambito della giustizia costituzionale comparata, si possono infatti riscontrare almeno un paio di denominatori comuni, Anzitutto, l'obiettivo di assicurare "a tutto tondo", e non solo mediante le regole sulle incompatibilità, l'imparzialità dei giudici costituzionali (in particolare, la loro indipendenza dal potere esecutivo); in secondo luogo, una qualche forma di legittimità "democratica" dell'organo di giustizia costituzionale (anche attraverso una certa trasparenza nei processi di nomina dei relativi giudici).

Apparentemente, il fatto che i giudici di Strasburgo siano eletti all'interno dell'Assemblea parlamentare sembra poter garantire che tali obiettivi siano assicurati. In pratica, la loro realizzazione è tutta da dimostrare. In primo luogo perché l'Assemblea decide su una terna di nomi proposta da ciascun esecutivo dei Paesi contraenti; esecutivi cui, nella stragrande maggioranza delle esperienze di giustizia costituzionale comparata, è sottratto, per evidenti ragioni volte a tutelare l'imparzialità dell'organo giurisdizionale, il potere di nominare i giudici costituzionali.

In secondo luogo perché, come è stato notato, «le processus de sélection sinon totalment clandestin. En d'outre termes, le choix sont souvent déterminés par le cabinet ministériel, à partir de considérations qui privilégient l'appartenance partisane et/ou la fidélité politique. En clair, les candidats présentés par le gouvernements des Etats membres du Conseil d'Europe ne sont pas habituellement issus des rangs de l'opposition parlementaire»¹¹.

Quanto alla durata del mandato, di soli sei anni, può notarsi come, anche in questo caso, ci si allontani da quanto è previsto dalla maggioranza delle esperienze di giustizia costituzionale in Europa, ove il mandato è più lungo (generalmente va dai 9 ai 12 anni, con le eccezioni dei giudici della Corte costituzionale belga ed austriaca che hanno mandati ancora più lunghi) e, soprattutto, nella stragrande maggioranza dei casi (tra le eccezioni il modello ungherese) non rinnovabile.

Si noti, infine, che, mentre i giudici delle Corti costituzionali sono nominati, almeno pro quota, dal potere legislativo dei cui atti gli stessi giudici sono tenuti a valutare la conformità costituzionale, una tale biunivocità non si crea riguardo all'oggetto del giudizio di conformità alla Convenzione da operata dalla Corte EDU. Giudizio che, per definizione, non riguarda gli atti dell'Assemblea del Consiglio d'Europa ma degli Stati membri di quest'ultimo. In altre parole, a differenza di quanto è caratteristico delle forme di designazione dei giudici costituzionali, «le Contrôleur n'est pas désigné par le contrôlés»¹².

2.4. *Le funzioni e le modalità operative*

Passando alle modalità operative della Corte (e ai relativi compiti istituzionali, in riferimento soprattutto agli artt. 33 e 34 della CEDU) si è già anticipato come essa operi in diverse formazioni, ciascuna con proprie funzioni. Conviene in proposito delineare il quadro "di base" – cioè quello derivante dal protocollo n. 11 – analizzando in seguito, per ricostruirne con più attenzione la portata, le innovazioni di cui al protocollo n. 14.

¹¹ Così F. FLAUSS, *La Cour européenne* cit., 40.

¹² Così L. FAVOREAU, *Le Cours* cit., 40.

La formazione più “alta” della Corte – priva però di funzioni giurisdizionali – è l’*Assemblea plenaria*. In Assemblea plenaria la Corte adotta il 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).

È dotata invece di funzioni decisorie “di vertice” la *Grande Camera*, composta da diciassette giudici, tra i quali il presidente e i vice-presidenti (o il vice-presidente) della Corte, i presidenti delle Camere, nonché il giudice eletto (o i giudici eletti) a titolo di uno Stato (o di più Stati) che sia(no) parte nella controversia in discussione, oltre agli altri giudici designati in conformità con il regolamento della Corte.

La Grande Camera si pronuncia sui *ricorsi interstatali* – previsti dall’art. 33, secondo cui «[o]gni Alta Parte Contraente può deferire alla Corte ogni inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli che essa ritenga possa essere imputata ad un’altra Alta Parte Contraente» – nonché sui *ricorsi individuali* – previsti dall’art. 34, ai sensi del quale «[l]a Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d’essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l’effettivo esercizio efficace di tale diritto» – ma solo allorché il caso le sia stato deferito, ricorrendone i presupposti (v. oltre), da una Camera, oppure, in casi eccezionali, anche *a seguito* di una sentenza di una Camera, su richiesta di una parte della controversia. Prevede infatti l’art. 43, comma 1, che «[e]ntro un termine di tre mesi a decorrere dalla data della sentenza di una Camera, ogni parte alla controversia può, in casi eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera». «Un collegio di cinque giudici della Grande Camera» – specifica il comma 2 – «accoglie la domanda [di rinvio] quando la questione oggetto del ricorso solleva *gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli*, o anche una *grave questione di carattere generale*». Il comma 3, infine, precisa che «[s]e il Collegio accoglie la domanda, la Grande Camera si pronuncia sul caso con una sentenza»¹³. La Grande Camera esamina infine le richieste di *pareri consultivi* presentate dal Comitato dei Ministri¹⁴.

Vi sono poi dei *Comitati* composti da tre giudici, i quali entrano in funzione con esclusivo riguardo ai ricorsi individuali, al fine di verificarne la ricevibilità.

Le *condizioni di ricevibilità* sono elencate nell’art. 35, ai sensi del quale: «1. La Corte non può essere adita se non dopo l’esaurimento delle vie di ricorso interne, qual’è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva.

¹³ In tale evenienza, ai sensi dell’art. 27, comma 3, «nessun giudice della Camera che ha pronunciato la sentenza può essere presente nella Grande Camera, ad eccezione del presidente della Camera e del giudice che siede a titolo dello Stato parte interessato».

¹⁴ Ai sensi dell’art. 47, infatti «[l]a Corte può, su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all’interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli»: pareri che comunque «non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti» convenzionali, né «altre questioni che la Corte ... si troverebb[e] a dover giudicare in seguito alla presentazione di un ricorso». Sull’ammissibilità, ex art. 47, delle richieste di parere decide la Corte stessa (art. 48). Il parere, che verrà trasmesso al Comitato, è motivato, e, qualora «non esprim[a] in tutto o in parte l’opinione unanime dei giudici, ogni giudice avrà diritto di unirvi l’esposizione della sua opinione individuale» (art. 49).

2. La Corte non accoglie nessun ricorso avanzato sulla base dell'articolo 34, se: a. è anonimo; oppure b. è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di regolamentazione e non contiene fatti nuovi. 3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso avanzato in base all'articolo 34 quand'essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo. 4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione del presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni fase della procedura».

Quando – sulla base del rapporto di un giudice relatore – «tale decisione può essere adottata senza un esame complementare», il comitato può *all'unanimità* dichiarare irricevibile (o cancellare dal ruolo) un ricorso di tal genere, in via definitiva (art. 28).

I ricorsi statali e i ricorsi individuali che non siano stati dichiarati irricevibili o cancellati dal ruolo tramite una decisione unanime di un Comitato vengono sottoposti a una *Camera*, composta da sette giudici, la quale potrà a sua volta:

a) o dichiarare irricevibile la questione¹⁵;

b) oppure – fino al momento della sentenza – deferirla alla Grande Camera, qualora essa sollevi «gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte»;

c) oppure, infine, deciderla nel merito.

Quanto al rapporto tra la decisione di ricevibilità e la decisione di merito, l'art. 29, comma 3 prevede che «[s]alvo diversa decisione della Corte in casi eccezionali, la decisione sulla ricevibilità è adottata separatamente» da quella sul merito. La prassi, tuttavia, si è orientata nel senso della decisione congiunta.

L'art. 38, comma 1, prevede che «[q]uando dichiara che il ricorso è ricevibile, la Corte [in questo caso s'intende la Camera]: a. procede all'esame della questione in contraddittorio con i rappresentanti delle Parti e, se del caso, ad un'inchiesta per la quale tutti gli Stati interessati forniranno tutte le facilitazioni necessarie ai fini della sua efficace conduzione; b. si mette a disposizione degli interessati per pervenire ad un *regolamento amichevole della controversia* sulla base del rispetto dei diritti dell'uomo come riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi protocolli». Il comma 2 prevede che la procedura volta al regolamento amichevole sia riservata. Coerentemente, ai sensi dell'art. 39, «[i]n caso di regolamento amichevole, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita ad una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata».

Al di fuori di tale caso, e salva diversa decisione della Corte per circostanze eccezionali, l'udienza è pubblica; anche «[i] documenti depositati presso l'ufficio di cancelleria sono accessibili al pubblico a meno che il presidente della Corte non decida diversamente» (art. 40).

L'art. 36, per parte sua, dispone che «[p]er qualsiasi questione all'esame di una Camera e o della Grande Camera, un'Alta Parte Contraente il cui cittadino sia

¹⁵ Art. 37, comma 1: «[i]n ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze consentono di concludere: a. che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure b. che la controversia è stata risolta; oppure c. che non è più giustificato, per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, proseguire l'esame del ricorso. Tuttavia la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora ciò sia richiesto dal rispetto dei Diritti dell'Uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi protocolli». Si precisa al secondo comma che «[l]a Corte può decidere una nuova iscrizione al ruolo di un ricorso quando ritenga che ciò è giustificato dalle circostanze».

ricorrente ha diritto di presentare osservazioni per iscritto e di partecipare alle udienze» e che, «[n]ell'interesse di una corretta amministrazione della giustizia, il presidente della Corte può invitare ogni Alta Parte Contraente che non è parte in causa o ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».

Quanto agli *effetti delle sentenze* definitive – che sono immediatamente tali se prese dalla Grande Camera, e in linea di principio lo divengono, se prese dalla Camera, tre mesi dopo la loro pronuncia – occorre anzitutto rifarsi alla fondamentale previsione di cui all'art. 41: se «dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa». È noto, poi, che gli Stati hanno l'obbligo di conformarsi alle sentenze pronunciate dalla Corte nelle controversie in cui sono parti, e che l'esecuzione di tali sentenze è sorvegliata dal Comitato dei Ministri (cfr. art. 46).

I problemi relativi agli effetti (diretti e indiretti) delle sentenze della Corte europea sono numerosi, complessi e di enorme rilievo. In proposito si rinvia senz'altro alle considerazioni che saranno svolte in seguito, anche in riferimento all'importantissima recente evoluzione della giurisprudenza della Corte (e della prassi del Comitato dei ministri).

Conclusivamente, può ricordarsi la previsione per cui «le sentenze e le decisioni che dichiarano i ricorsi ricevibili o irricevibili devono essere motivate» (la prassi su quest'ultimo punto è talora poco rigorosa) e, soprattutto, la previsione secondo la quale (art. 45) «[s]e la sentenza non esprime, nella sua totalità o in parte, l'opinione unanime dei giudici, ogni giudice ha il diritto di allegare l'esposizione della sua opinione individuale»: per alcuni inconvenienti che, quantomeno nel sistema della CEDU, sembrerebbero derivare dalla possibilità di rendere pubblica la *dissenting opinion*, cfr. le osservazioni di H.G. SCHERMERS precedentemente riportate.

2.5. Il parametro

In relazione ai parametri di riferimento della Corte europea, costituiti ovviamente dalla Convenzione e dai protocolli addizionali, non crediamo che il fatto che si tratti formalmente di trattati internazionali possa fare passare in secondo piano la circostanza che tali testi rappresentano, nella sostanza, un *bill of rights* di natura paracostituzionale¹⁶.

Non stupisce, dunque, che la stessa Corte europea abbia definito la Convenzione «l'instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domain des droits de l'homme»¹⁷.

Il catalogo dei diritti – sviluppato e sostanzialmente ampliato nel corso degli anni dalla giurisprudenza di Strasburgo – comprende, come è noto, tutte le principali “figure costituzionali classiche” di diritti civili e di libertà, e si caratterizza per la frequente previsione – accanto alla affermazione “positiva” di ciascun diritto – della (in qualche modo complementare) disciplina relativa alle possibili limitazioni e restrizioni che, (solo) a determinate condizioni, possono per quel diritto introdursi (in ciò la Convenzione si differenzia dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, che

¹⁶ Nelle parole di Frederic Sudre «véritable charte constitutionnelle de la Grande Europe»: F. SUDRE, *L'Europe des droits de l'homme. L'Europe et le droit*, in *Droits*, n. 14, 1991, p. 105.

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 23-3-1995, *Loizidou c. Turquie*.

invece, salvo il ruolo indiretto che potranno avere le stesse previsioni della Convenzione ai sensi dell'art. 52, par. 3 e dell'art. 53, disciplina nell'art. 52, par. 1, in via tendenzialmente unitaria e generale, le possibili limitazioni a tutti i diritti da essa previsti).

Tanto più ove si tenga conto del fatto che in uno dei progetti originari il testo della Convenzione si limitava a rinviare, per l'individuazione delle posizioni soggettive oggetto di tutela, alla Carta delle Nazioni Unite, e alla luce soprattutto dell'uso che la Corte ha fatto delle disposizioni convenzionali, il catalogo in questione si è dimostrato sostanzialmente adeguato e, per così dire, "funzionale".

La stessa "lacuna" rappresentata dalla pressoché totale assenza, nel testo della Convenzione, di riferimenti a diritti "sociali" è stata, come è noto, parzialmente superata dalla Corte attraverso un utilizzo espansivo di altre disposizioni presenti (ad esempio l'art. 1 del protocollo n. 1 sulla tutela, in senso lato, della proprietà, che ha consentito di tutelare aspettative di prestazioni previdenziali o addirittura assistenziali, e l'art. 14 sul divieto di discriminazioni).

2.6. L'oggetto

Con riguardo all'"oggetto" del giudizio di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo, esso risulta assai più esteso di quanto in genere sia previsto per le Corti costituzionali nazionali (almeno nell'esercizio della loro funzione "tipica" di controllo di legittimità costituzionale).

Oltre che su qualsiasi tipo di fonte normativa degli Stati membri, i giudici di Strasburgo sono infatti competenti a prendere in considerazione ogni genere di atto, fatto, ed anche semplice omissione, direttamente od indirettamente riconducibile ai poteri pubblici di uno degli Stati contraenti, in grado di ledere i diritti e le libertà previste dalla Convenzione EDU e dai suoi protocolli aggiuntivi.

Circa la possibilità di ricorrere contro condotte sostanzialmente omissive degli Stati membri – che rappresenta il "risolto", sul piano dell'oggetto del giudizio, della possibilità di desumere dal parametro convenzionale non solo contenuti normativi di tipo "negativo", consistenti in divieti, ma anche prescrizioni di tipo "positivo", implicanti obblighi, in senso lato, di "fare" – possono ricordarsi in via esemplificativa la sentenza del 20 ottobre 2005, *United Macedonian Organization Ilinden e Ivanov c. Bulgaria*, ric. n. 44079/98 nella quale, con riguardo all'art. 11 della CEDU (libertà di riunione e di associazione), in cui la Corte ha ricordato che il diritto di manifestare non implica semplicemente un divieto di interferenza da parte degli Stati, ma anche un obbligo positivo di questi ultimi di rendere concretamente possibile e sicuro l'esercizio del diritto, in particolare prevenendo la minaccia di azioni perturbatrici e proteggendo la riunione da aggressioni di altri manifestanti; e la di poco successiva sentenza del 22 novembre 2005, *Ramos c. Portogallo*, ric. n. 73229/01, in cui, sulla scia di una consolidata giurisprudenza, la Corte ha condannato le autorità portoghesi per violazione dell'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) a causa dell'inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato (consistenti, nel caso di specie, in una sanzione economica di modesto ammontare) per garantire l'effettività del diritto di un padre separato di visitare il figlio affidato alla madre. Ancor più interessante, poi, sembra una decisione del 20 marzo 2008, ricc. 15339/02, 21166/02, 11673/02, 15343/02, con cui la Corte ha condannato la Russia – per violazione dell'art. 2 della CEDU – perché le autorità non erano state in grado di prevenire una serie di frane di fango e di assistere la popolazione, così da evitare la

morte di diverse persone, pur essendo ben noto da decenni il verificarsi stagionale del fenomeno.

Con riguardo ad alcune importanti implicazioni della circostanza che oggetto del sindacato della Corte possano essere atti di qualsiasi natura si fa rinvio al paragrafo successivo.

2.7. La dottrina del margine di apprezzamento e i rapporti con le Corti nazionali

Uno degli elementi più interessanti del modo di operare della Corte di Strasburgo, anche nella prospettiva di analisi del presente scritto, è quello che fa capo alla c.d. dottrina del “margine di apprezzamento”.

Priva di fondamenti espliciti nel testo della Convenzione o nei lavori preparatori¹⁸, e sviluppata dalla Commissione e dalla Corte di Strasburgo a partire da decisioni rispettivamente del 1956 (caso *Grecia c. Regno Unito*) e del 1961 (caso *Lawless*), tale “dottrina” fa perno su un concetto che, come è stato osservato, è «emerso spontaneamente ... come progressivo risultato» – ma forse potrebbe anche dirsi come presupposto logico-giuridico, o quantomeno come supporto argomentativo – «del riconoscimento di un ambito di discrezionalità agli Stati nell’applicazione della Convenzione»¹⁹.

La “dottrina” è stata concepita e utilizzata, da una parte, in riferimento all’art. 15 CEDU (deroga in caso di stato d’urgenza) e, dall’altra, in riferimento agli articoli 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 6 (diritto ad un processo equo), e soprattutto 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione), 10 (libertà di espressione), 11 (libertà di riunione e di associazione) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione e all’articolo 1 (diritto di proprietà) del primo protocollo addizionale.

Si è affermato che la radice storico-giuridica del concetto di “margine statale di apprezzamento” andrebbe ricercata «nell’emersione e nella progressiva definizione del concetto di discrezionalità *dell’amministrazione* e del controllo su tale discrezionalità»: in particolare, la dottrina sarebbe «largamente ispirata ai criteri di *judicial review* sulla *legalità dell’amministrazione* elaborati dal *Conseil d’État* francese e da altri equivalenti organi»²⁰.

Più interessante, ai nostri fini, sembra peraltro la possibilità di istituire un parallelismo e un collegamento anche, o addirittura piuttosto, con le elaborazioni teoriche e le prassi giurisprudenziali relative alla discrezionalità *del legislatore*, accostando cioè il rapporto tra Convenzione (e Corte EDU) ed autorità statali a quello che vi è tra Costituzione (e Corte costituzionale) e legislatore, più che a

¹⁸ Cfr. H.C. YORROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of Human Rights jurisprudence*, L’Aia, 1996, p. 5 ss. (spec. p. 14 ss.)

¹⁹ F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell’Uomo*, in P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (CUR.), *La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino, 2003, p. 70. V. inoltre, per un’efficace ricostruzione complessiva delle origini e degli sviluppi di tale dottrina, R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation*, in AA.VV., *The European system for the protection of human rights*, L’Aia, 1990, e, nella dottrina italiana, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.

²⁰ F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 70 (corsivi aggiunti). Si rinvia, anche per tali aspetti, a H.C. YORROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of Human Rights jurisprudence*, cit., pp. 14-15.

quello che vi è tra legge (e giudice “comune”, ordinario o amministrativo) e pubblica amministrazione.

A rigore, bisognerebbe articolare il discorso alla luce delle diversità riscontrabili, sotto il profilo istituzionale, nelle varie vicende in cui la Corte EDU è quotidianamente coinvolta; e che la “contrappongono” – in via diretta o indiretta – talora ad organi *amministrativi*, talora ad organi *legislativi*, spesso (anche) ad organi *giurisdizionali*, comuni o costituzionali, degli Stati membri (la contrapposizione con gli organi giurisdizionali – eventualmente responsabili per non aver provveduto, secondo quanto imposto dalla stessa Convenzione, in particolare dall’art. 13, a rimediare in sede nazionale alle violazioni commesse dagli organi amministrativi e/o legislativi – rappresenta un aspetto peculiare del sistema CEDU e pone in risalto la particolarità della posizione della Corte europea, almeno in certi sensi “sovrapposta” alle stesse corti nazionali, quand’anche organi di vertice e “di chiusura” nei rispettivi ordinamenti).

In effetti, la Corte di Strasburgo, e in particolare la sua dottrina del margine di apprezzamento, ha propriamente a che fare (in funzione di controllo) ora con la *discrezionalità amministrativa*, ora con la *discrezionalità legislativa*, ora con la stessa “*discrezionalità giudiziaria*” (manifestazioni tutte e tre, sotto altro profilo – e peraltro *ciascuna a suo modo*: v. oltre –, di quella “*discrezionalità statale*” che è venuta ad assumere nel sistema della CEDU, non meno che in quello comunitario, un ruolo di primo piano: riemerge a questo proposito quell’intreccio tra problemi di divisione “verticale” e di divisione “orizzontale” del potere che caratterizza il “costituzionalismo multilivello”).

Si potrebbe sostenere, dunque, l’opportunità di *differenziare* le specifiche logiche e di conseguenza i precisi contorni che la dottrina del margine di apprezzamento ha assunto e potrebbe/dovrebbe assumere nei differenti casi, in considerazione dei profili evidenziati e nei termini che si andranno brevemente ad accennare.

Infatti, se è vero che, come è stato detto, «sin dalle sue primissime applicazioni la dottrina del margine di apprezzamento si configura come lo strumento con cui la Corte traccia il confine tra la propria competenza e quella riservata agli Stati»²¹ (in una logica dunque, in qualche modo, di divisione “verticale” del potere e di bilanciamento tra esigenze di uniformità applicativa e di rispetto delle diversità nazionali), è vero anche che tale dottrina si presta ad un utilizzo più articolato e calibrato secondo istanze e logiche di divisione “orizzontale” del potere, e di bilanciamento tra esigenze di “rigidità giuridica” e “flessibilità politica” (o, più realisticamente, tra soluzioni frutto di ponderazione in sede giurisdizionale e soluzioni frutto di semplice volontà politica espressa in sede normativa o esecutiva). In tale ottica, non sorprende che in dottrina si sia istituito un parallelismo tra la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Corte costituzionale; e, più nello specifico, tra il ruolo della dottrina del margine di apprezzamento e quello dello «strumento del giudizio sulla ragionevolezza»²².

In quest’ordine di idee, si può soffermare l’attenzione sulla teorizzazione – operata in termini via via più espliciti dalla Corte europea e posta sostanzialmente a fondamento della complessiva dottrina del margine di apprezzamento – della “better position” (rispetto a tale Corte) degli organi nazionali (in generale); ai fini per esempio del riconoscimento di stati di emergenza e dell’individuazione delle misure restrittive necessarie, o ai fini dell’interpretazione di concetti come “pubblica

²¹ F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 74.

²² F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., pp. 111-112.

sicurezza”, “protezione della morale”, “società democratica”, “autorità del potere giudiziario”, “interesse pubblico”...

Ciò che si intende evidenziare è la possibilità e probabilmente l’opportunità di modulare meglio tale generalizzata e indiscriminata “presunzione” di miglior piazzamento delle istituzioni nazionali.

Vi è ad esempio chi ha osservato che in certi casi le autorità interne, lungi dall’essere “meglio piazzate” rispetto al giudice internazionale, sono invece più soggette alle pressioni dei gruppi politici e sociali di maggioranza, con tutti i rischi che ciò intuitivamente comporta²³. La presunzione di miglior piazzamento, hanno notato altri, si è tradotta – complice il carattere “sussidiario” della giurisdizione della Corte di Strasburgo – in una «sorta di presunzione di legittimità» della «normativa statale eventualmente contestata [...], *disponga o meno lo Stato in questione di un organo preposto al controllo di costituzionalità delle leggi e degli atti equiparati*»²⁴. E, del resto, secondo un’ulteriore ricostruzione, «il limite del margine di apprezzamento [...] sembra essere soltanto la “manifesta irragionevolezza” delle misure nazionali, *specialmente quando esse siano adottate dal Parlamento, nei confronti del quale la Corte dimostra di mantenere un atteggiamento reverenziale che si risolve in un ulteriore self restraint nel giudizio*»²⁵.

Ebbene, si tratterebbe in sostanza, se non di negare la “better position”, a determinati fini, delle autorità *amministrative* o *legislative* nazionali – dovuta se non altro (ma forse talora *solo*) a motivi “*territoriali*” – di riconoscere una, per così dire, “best position” delle Corti costituzionali. Sembrano infatti proprio queste i soggetti più idonei a mediare tra le peculiarità e le esigenze sociali, politiche, giuridiche nazionali, da una parte, e le istanze di tutela dei diritti fondamentali, dall’altra: ciò perché tanto le une quanto le altre appaiono – per motivi connessi al ruolo istituzionale, e, più concretamente, alle caratteristiche “strutturali” e “funzionali” delle Corti costituzionali – ben avvertite dai giudici che compongono queste ultime; laddove invece i giudici di Strasburgo rischierebbero di non poter adeguatamente conoscere e valorizzare le prime (le peculiarità nazionali), mentre gli attori nazionali “politici” potrebbero essere facilmente portati a trascurare le seconde (le istanze di tutela dei diritti).

Esattamente in quest’ordine di idee – può notarsi – sembrano collocarsi alcune importanti sentenze sia della Corte europea sia di Corti costituzionali nazionali.

Possono ricordarsi in via esemplificativa, e in stretto collegamento tra loro, la sentenza della Corte europea nel caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, 20 febbraio 2003, e la sentenza della nostra Corte costituzionale n. 311 del 2009 in cui si afferma che un ruolo «determinante», allo scopo di escludere il contrasto con la CEDU, deve riconoscersi (proprio alla stregua del “precedente” della Corte di Strasburgo appena citato) alla circostanza che la normativa impugnata sia in precedenza già uscita indenne da un giudizio di *legittimità costituzionale* davanti ad essa.

In proposito, sembra opportuno mettere a fuoco e sottolineare una distinzione molto importante, che del resto la Corte costituzionale non trascura affatto: e cioè

²³ Cfr. E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d’appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 1996, p. 304.

²⁴ G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *Id.*, *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, p. 61, corsivi aggiunti. L’A. nota inoltre come «[q]uesto rigoroso *self-restraint* concorr[a] nella produzione di un gran numero di decisioni di irricevibilità».

²⁵ F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 102.

quella tra i casi in cui il giudizio di costituzionalità si sia svolto utilizzando come parametro anche le norme convenzionali, o quantomeno (per usare le parole della sent. n. 311) utilizzando «parametri costituzionali coerenti con la norma convenzionale» (come nel caso di specie), ed i casi in cui invece il controllo del giudice costituzionale sia stato effettuato solo in riferimento a parametri interni non corrispondenti, o “non coerenti”, ai precetti convenzionali.

Una simile articolazione della dottrina del margine di apprezzamento, in linea generale, dovrebbe determinare una svalutazione delle prese di posizione nazionali adottate in sede “meramente” politica senza una successiva, e sia pure solo “tollerante”, “copertura” giurisdizionale (nel quadro di una gestione dei rapporti tra legislazione e giurisdizione affidata, almeno in buona parte, proprio ai giudici costituzionali nazionali, e solo in piccola parte, e in seconda battuta, alla Corte europea); così da indebolirsi, in altri termini, in assenza di un (più o meno convinto) “avallo” del giudice costituzionale nazionale, quella “presunzione di legittimità” alla quale si accennava e che (troppo?) spesso ha indotto la Corte europea a respingere, con l’“alibi”, per così dire, del margine di apprezzamento, ricorsi implicanti la valutazione di decisioni “politiche”, di natura (anche) legislativa, degli Stati.

Ovviamente, il riconoscimento di una simile “best position” delle Corti costituzionali nazionali (potrebbe certo limitare ma) non escluderebbe l’intervento del giudice europeo qualora le garanzie offerte da tali Corti dovessero apparire in concreto insufficienti (o per ragioni afferenti al parametro utilizzato o magari proprio a causa di quella vicinanza al contesto sociale e politico nazionale che – ancorché in misura ridotta rispetto agli attori appunto politici del sistema – le caratterizzerebbe pur sempre, potendo rivelarsi controproducente almeno ai fini della tutela dei diritti fondamentali).

Da ultimo, e sotto altro profilo, un cenno merita la possibilità di mettere a confronto la dottrina di Strasburgo del margine di apprezzamento statale – e soprattutto la “strategia” istituzionale che essa sottende (in particolare laddove si avvale di tecniche quali quella dell’individuazione del *consensus standard* per delimitare, in modo inversamente proporzionale all’ampiezza della convergenza rilevata a livello europeo su un determinato aspetto, l’estensione del residuo margine di apprezzamento dei singoli Stati) – con l’operato della Corte di Lussemburgo, nella quale non mancano indirizzi operativi ed argomentativi (si pensi al ruolo delle “tradizioni costituzionali comuni”) volti a rispondere alle medesime problematiche di fondo: ossia, in sintesi, quelle della “gestione”, da una parte, del confine tra competenze decisionali “accentrate” a livello europeo e competenze “decentrate” a livello nazionale (ovvero, se si preferisce, della dialettica tra uniformità e diversità); e, dall’altra, del confine tra diritto e politica, tra giurisdizione e normazione (laddove poi, come è noto, e come si è già ribadito, i due profili – rispettivamente di divisione verticale e di divisione orizzontale del potere – non di rado risultano intrecciati, sovrapposti o anche confusi).

2.8.1. I problemi posti dall’allargamento ad est del Consiglio d’Europa

Per arrivare a comprendere come e perché, negli ultimi anni, sia mutata la percezione che la Corte europea dei diritti dell’uomo sembra avere del suo ruolo e dei suoi poteri, occorre allargare il discorso a elementi ulteriori.

Si è visto come il meccanismo di controllo giurisdizionale messo progressivamente a punto nel sistema CEDU fosse e sia tuttora riconducibile, almeno “sulla carta”, al concetto di *individual justice*: la Corte deve occuparsi del caso concreto, le sue decisioni hanno una efficacia *inter-partes*; essa non ha alcuna possibilità, visto il carattere dichiarativo espressamente attribuito alle decisioni stesse, di annullare le normative statali che si accertino essere in contrasto con la Convenzione.

Pur a dettato convenzionale invariato (riguardo alla portata delle decisioni della Corte), può però notarsi come, da una parte, le profonde innovazioni introdotte dal protocollo 11, e, dall'altra, la “campagna” di allargamento ad est del Consiglio d'Europa che negli ultimi anni ha portato a raddoppiare il numero degli Stati contraenti, abbiano favorito, se non costretto, la Corte a rimettere in discussione, come già accennato, il proprio ruolo di custode secondario e residuale dei diritti fondamentali in Europa.

Si vedrà, infatti, come la reazione dei giudici di Strasburgo alle due novità appena segnalate sia stata quella di una maggiore “aggressività” della propria giurisprudenza, che si carica di un nuovo tono costituzionale, il che ha portato a mettere in discussione, nel dibattito più recente, tanto la asserita efficacia soltanto *inter-partes* delle decisioni della Corte, quanto, più in generale, il modello di *individual justice* su cui si fonderebbe il sistema CEDU.

Si è già detto a proposito delle profonde innovazioni introdotte a seguito dell'entrata in vigore del protocollo 11 e della moltiplicazione del numero dei ricorsi che esse hanno comportato. Bisogna invece ora concentrarsi sulla questione relativa alle nuove problematiche che sono state direttamente od indirettamente causate dall' allargamento ad est del Consiglio d'Europa, per poi guardare, nel paragrafo successivo, a quali siano state le reazioni, a tali innovazioni, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In primo luogo, occorre ricordare come, a partire dal 1989, i membri del Consiglio d'Europa siano passati, nel giro di 18 anni, da venti a quarantasette. Ciò ha comportato dei costi. Innanzitutto diversi tra i nuovi Stati avevano (ed ancora hanno) uno standard di protezione di diritti umani non del tutto soddisfacente e comunque non in linea con un'applicazione rigorosa delle condizioni di adesione previste dall'art. 3 dello Statuto del Consiglio; e, su questo punto, non sono mancate pesanti critiche. In tale situazione, è evidente che proprio alla Corte di Strasburgo è stato richiesto un impegno supplementare per mantenere alto, dopo l'allargamento ad est, lo standard qualitativo della protezione dei diritti fondamentali nell'allargato spazio giuridico europeo. In effetti, e al di là dell'inevitabile incremento quantitativo del contenzioso a seguito dell'accresciuto numero degli Stati membri, la nuova situazione ha inciso sulla stessa “missione” del sistema della Convenzione e della sua Corte, nel senso che questa ha dovuto affiancare al suo ruolo originario di custode della Convenzione, anche quello che è stato definito di “scuola di democrazia” per i Paesi che a un simile regime avevano appena avuto accesso.

Non solo, ma il ruolo della Corte europea si è andato trasformando anche sotto un profilo ulteriore, che ha prodotto altresì un maggiore attivismo dei giudici di Strasburgo. Quest'ultimi, infatti, trovandosi spesso di fronte a procedure giurisdizionali formalmente istituite nei nuovi Stati membri, ma in realtà del tutto inadeguate a garantire un effettivo esercizio dei diritti dei ricorrenti, hanno iniziato a dichiarare ricevibili ricorsi rispetto ai quali non erano stati esauriti tutti i rimedi

giurisdizionali interni²⁶. In altri termini, com'è stato osservato, «the Court ceases to be a secondary guarantor of human rights and instead finds itself in a more explicit affirmation of its role in a more crucial and exposed front line position»²⁷.

Ancora, il pericolo che, successivamente all'allargamento, le garanzie alla tutela dei diritti fondamentali previste dalla Convenzione si potessero trasformare da «standard minimum exigent» a «lointaine ligne d'horizon»; la difficoltà di promuovere da parte degli organi politici del Consiglio d'Europa, *ex post*, una volta avvenuta l'adesione dei nuovi Stati membri, un'efficace pressione nei confronti di quest'ultimi per favorirne le riforme istituzionali promesse prima dell'ingresso; l'accentuazione della concorrenza sul terreno della "migliore" protezione dei diritti fondamentali con la Corte di giustizia; il rischio che l'ingresso nel sistema CEDU di Paesi con tradizioni poco rispettose dei diritti fondamentali potesse provocare una *pericolosa asimmetria nell'applicazione della Convenzione ai diversi Stati membri*, in tal modo minando uno degli obiettivi principali da sempre perseguito dalla Corte di Strasburgo, ovvero la realizzazione di uno *ius publicum europeum* nel campo dei diritti fondamentali... ,sono tutti dei fattori che hanno spinto la Corte di Strasburgo a rivedere il proprio orientamento circa l'impatto della sua giurisprudenza nei confronti degli ordinamenti degli Stati membri.

A ciò si aggiunga che, con l'entrata di nuovi Paesi dell'Europa centro-orientale, la Corte si è trovata per la prima volta a dover fare seriamente i conti con violazioni sistemiche e "seriali" dei diritti fondamentali; violazioni con cui essa, negli anni precedenti, aveva avuto difficilmente a che fare.

2.8.2. (segue:) *Le risposte della Corte europea*

Come la Corte EDU ha reagito a tali sollecitazioni, tutte legate, direttamente od indirettamente, all'allargamento ad est del Consiglio d'Europa ed al crescere esponenziale del contenzioso, anche dovuto alle novità introdotte dal protocollo n. 11?

A questo proposito, l'ipotesi è che la Corte di Strasburgo abbia reagito accelerando lungo un percorso in grado di farle perdere definitivamente i caratteri che contraddistinguono gli organi giurisdizionali di natura internazionale per portarla ad assumere una "posizione" di "sovranzionalità"²⁸, condivisa con la Corte di giustizia, se non addirittura, secondo quanto si è detto, il ruolo di "Corte costituzionale paneuropea dei diritti fondamentali"²⁹.

Le prime avvisaglie della possibilità di un nuovo corso all'interno della Corte europea dei diritti dell'uomo possono farsi risalire ai primi anni novanta. Come spesso capita, le prime tendenze di cambiamento si manifestarono nelle opinioni di

²⁶ V. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 18-12-1996, *Aksoy c. Turchia*, e 16-09-06, *Akdivar c. Turchia*.

²⁷ R. HARMSSEN, *The European Convention on Human Rights after the Enlargement*, in *the International Journal of Human Rights*, 2001, p. 18 ss., a p. 29.

²⁸ Cfr. L.R. HELFER e A.M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, in *Yale Law Journal*, 1997, p. 273 ss., in particolare pp. 282-290.

²⁹ Vedi J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, cit, p. 711 ss. Non è probabilmente una coincidenza che la CEDU abbia scelto un caso assai problematico che vedeva coinvolta la Turchia (*Loizidou v. Turkey*, 23-3-1995) per affermare per la prima volta la centralità della Convenzione quale «instrument of the European public order».

minoranza, ed in particolare in quella del giudice Martens nel caso *Brannigan*³⁰, che, nell'ambito di una delle tante applicazioni della dottrina del margine di apprezzamento, contestò il richiamo ad un precedente del 1978³¹ affermando che, dopo il 1978, «la situazione all'interno del Consiglio d'Europa è cambiata drammaticamente»; più in dettaglio, egli osservò che «[l]a posizione che a quella data la Corte prendeva circa l'ampiezza del margine di apprezzamento da riconoscere agli Stati membri è stata probabilmente influenzata dalla convinzione che la maggioranza degli allora Stati membri del Consiglio d'Europa fossero costituiti da ordinamenti da lungo tempo caratterizzati da forti basi democratiche, in cui, in particolare, vi era piena e consolidata consapevolezza del diritto individuale alla libertà e del connesso rischio di attribuire all'esecutivo un eccessivo potere di restringere tali diritti»; ma, «[a] far data dall'adesione al Consiglio d'Europa dei Paesi dell'Europa centro-orientale, tale convinzione è sprovvista di qualsiasi fondamento».

Un'altra "chiamata" per un ruolo più attivo della Corte europea in seguito all'allargamento arrivava un paio di anni dopo, dallo stesso giudice Martens, nella sua opinione dissenziente nel caso *Fisher c. Austria* del 1995³², in cui, non condividendo l'approccio in base al quale la Corte «deve per quanto possibile restringere la sua valutazione alla specifica questione sollevata»³³, egli obiettava che «nessuna disposizione della Convenzione obbliga la Corte a decidere secondo un assai restrittivo *case by case approach*. Tale auto-imposizione ha probabilmente rappresentato una saggia politica all'inizio della sua carriera, ma oggi sembra essere alquanto inappropriata». Il messaggio era chiaro: un esplicito invito rivolto alla Corte a trarre le dovute conseguenze dalla sua (allora) recente proclamazione della Convenzione come «*constitutional instrument of European public order*»³⁴ ed ad assumere un approccio più attivista, che valorizzasse maggiormente il portato della sua giurisprudenza e non si limitasse esclusivamente all'analisi del caso concreto. In altre parole, andare oltre l'obiettivo di fornire esclusivamente una forma di *individual justice*.

Messaggio che è stato recepito gradualmente dalla Corte e si è concretizzato in tendenze giurisprudenziali innovative rispetto all'esperienza pregressa, entro le quali si possono distinguere due paralleli "percorsi"³⁵:

a) il primo che amplifica "l'effetto diretto" delle decisioni, vale a dire l'efficacia delle pronunce della Corte nei confronti dello Stato parte in causa;

b) il secondo (in riferimento al quale si ricorre alla nozione di "effetto indiretto") che sembra portare ad una primazia interpretativa della giurisprudenza della Corte EDU anche nei confronti di tutti Stati contraenti, anche quelli non destinatari di una data decisione della Corte.

Ciò che emerge dalla sommatoria dei due percorsi appena evidenziati sembra poter mettere in dubbio la permanenza di quelle componenti che per decenni hanno costituito i tratti caratterizzanti della giurisprudenza CEDU, vale a dire l'asserita sua

³⁰ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Brannigan and McBride c. Regno Unito*, 26-5-1993, par. 43.

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Irlanda c. Regno Unito*, 18-01-1978, par. 207.

³² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fischer c. Austria*, 26-4-1995.

³³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Fischer v. Austria*, par. 44.

³⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Loizidou c. Turchia*, 23-3-1995, par. 75.

³⁵ Tale differenziazione è operata ad esempio da O. DE SHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Revue belge du droit international*, 1997, p. 21 ss., e da A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005, p. 138.

efficacia dichiarativa, inter-partes, rivolta esclusivamente al caso concreto e fondata su un concetto, per l'appunto, di *individual justice*.

2.9.1. L'amplificazione dell'effetto diretto della giurisprudenza di Strasburgo...

In relazione al primo percorso evidenziato, si farà qui esemplificativamente riferimento ad una delle espressioni più eclatanti del nuovo tono costituzionale fatto proprio dagli ultimi orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento al tentativo di estendere al di del caso concreto l'efficacia delle proprie decisioni e di restringere il margine di apprezzamento dello Stato condannato riguardo alla scelta della misura interna più adeguata per adempiere alla sua obbligo, previsto espressamente dall'art. 46, di adeguarsi al *dictum* della Corte stessa.

Tale espressione si concretizza nella richiesta, sempre più frequente, nella giurisprudenza della Corte, che lo Stato condannato adotti o quella specifica misura individuale espressamente individuata dalla corte od una disciplina di portata generale i cui effetti sono destinati ad andare ben oltre il singolo caso oggetto di giudizio.

Le due tipologie anzidette hanno in comune il fatto che, insieme alla riduzione del margine di apprezzamento in capo agli Stati, sembrano determinare anche uno sgretolarsi delle certezze di un tempo circa l'effetto esclusivamente dichiarativo ed *inter partes* delle decisioni della Corte di Strasburgo.

Iniziando a guardare alla prima delle due tipologie sopra ricordate, da qualche anno a questa parte i giudici di Strasburgo hanno iniziato a specificare quale sia, a loro modo di vedere, l'unica misura possibile in grado di soddisfare pienamente l'interesse del ricorrente.

A questo proposito può essere utile ricordare, a titolo esemplificativo, il caso di un georgiano detenuto presso una prigione di Ajarina il quale, nonostante avesse ricevuto la grazia dal Presidente della Repubblica georgiana, non era stato rilasciato dalle autorità locali³⁶.

La Corte, dopo aver ricordato (par. 203) come le sue decisioni avessero esclusivamente una natura dichiarativa e spettasse in primo luogo allo Stato parte in causa decidere quali misure adottare all'interno del proprio sistema giuridico per adempiere all'obbligazione prevista dall'art. 46 della Convenzione, aggiungeva però che nel caso di specie, per la particolarità della violazione, non vi fosse in realtà alcun effettivo margine di scelta in capo allo Stato convenuto riguardo alle misure da adottare per rimediare alla violazione stessa. Concludeva affermando che «alla luce di tale situazione la Corte valuta necessario che lo Stato parte in causa si assicuri che il rilascio del ricorrente avvenga al più presto possibile». Le «circostanze eccezionali» si ripetevano qualche mese dopo nel caso *Ilascu*³⁷, in cui la Corte, ancora una volta alle prese con un caso di illegittimità ed arbitrarietà della detenzione accompagnata da trattamenti inumani e degradanti, aggiungeva alla richiesta dell'immediato rilascio come unica misura possibile per lo Stato la

³⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Assanidze c. Georgia*, dec. 8-4-2004, ric. 71503/01, par 203. V. per un commento V. COLANDREA, *On the power of the European Court of human rights to order specific non monetary measures: some remarks in light of Assanidze, Broniowsky and Sejdivic Cases in International Human Rights Law Review*, 2007, p. 396 ss.

³⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 8-7-2004, Grande Camera, *Ilascu et al. c. Moldavia e Russia*, ric. 48787/99

considerazione per cui «qualsiasi continuazione della detenzione arbitraria e illegittima implica non solo un serio prolungamento della violazione dell'art. 5 della Convenzione, ma anche un inadempimento, da parte dello Stato, dell'art. 46 par. 1 della Convenzione»³⁸.

Passando adesso alla seconda tipologia di decisioni cui si è fatto riferimento, vale a dire quelle con cui i giudici di Strasburgo “invitano” lo Stato parte in causa ad adottare delle misure generali per rimediare a problemi strutturali che portano a violazioni sistematiche della Convenzione, deve subito notarsi come tali pronunce, cd. decisioni-pilota, in misura ancora maggiore rispetto alle altre ipotesi prima passate in rassegna, portino a mettere in dubbio non soltanto l'effetto esclusivamente dichiarativo delle decisioni della CEDU, ma anche l'asserita attenzione privilegiata della sua giurisprudenza al caso concreto, nonché la *communis opinio*, avvalorata dalla prassi giurisprudenziale di Strasburgo³⁹, per cui la valutazione della Corte non potrebbe in alcun caso trasformarsi in un giudizio in astratto sulla legittimità convenzionale di un atto a portata generale.

Da notare come tale tendenza sia assai innovativa⁴⁰ rispetto agli orientamenti precedenti della CEDU che in passato, pur non escludendo che l'effetto delle proprie pronunce fosse in grado di andare oltre il caso concreto⁴¹, si era sempre rifiutata, come opportunamente fatto notare⁴², di indicare allo Stato condannato quali fossero le misure interne di portata generale necessarie a rimediare ai problemi di natura strutturale e sistemico del proprio ordinamento giuridico⁴³.

³⁸ Più recentemente, sulla stessa lunghezza d'onda, Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 17-1-2008, *Abbasov c. Azerbaijan*, ric. 24271/05, par 35 ss.

³⁹ Tra le tante decisioni, non solo risalenti, che affermano tale principio v. almeno Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 18-12-1987, *F. c. Svizzera*, par. 31; sent. 7-10-1988, ric. 11329/1985, *Salabiaku c. Francia*, par. 30, ric. 10519/1983.

⁴⁰ E' stato correttamente fatto notare a questo riguardo che il carattere innovativo delle sentenze pilota non risieda tanto nella indicazione, da parte della Corte di Strasburgo, della necessità di una riforma legislativa di carattere generale come conseguenza di una pronuncia di condanna (prassi già in uso in passato), ma nella circostanza che tale esigenza compaia per la prima volta nel dispositivo e non solo nel *reasoning* delle pronunce della Corte. V. W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg, Constitutionalization of the European Court of human rights, the accession of central and east European State to the Council of Europe and the idea of pilot judgments*, in *Sydney Law School Research Paper* No. 08/135 e *EUI Working Papers LAW* No. 2008/33. Si tratta di una novità importante. Il rendere infatti così esplicito ed evidente che ad essere contrarie con il portato della Convenzione e (della giurisprudenza della CEDU) non siano soltanto le decisioni individuali di giudici e di amministrazioni nazionali che applicano normative di carattere generale, ma anche direttamente quest'ultime, sgretola il convincimento, a dire il vero un pò ipocrita, che i profili di violazione del sistema CEDU possano essere causati esclusivamente da «*bad decisions*» e mai, invece, a monte, da «*bad laws*» degli Stati membri. Per il riferimento alle pronunce della CEDU che hanno avuto come effetto quello di provocare delle riforme generali nei sistemi giuridici degli Stati membri, vedi i molti esempi portati da D. SHELTON, *The boundaries of human rights jurisdiction in Europe*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2003, p. 95 ss.

⁴¹ Cfr. sent. 13-6-1979, *Marckx*, par 58 ric. 6833/1964.

⁴² A. GARDINO CARLI, *Gli Stati*, cit., 116, nt. 49.

⁴³ Cfr. ad esempio Corte europea, sent. 8-6-1995, *Yagci e Sargin c. Turchia*, ric. 16419/90 e 16426/90, parr. 79-81. V. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 70 ss. per i riferimenti a una serie di pronunce della Corte europea che si orientano nella stessa direzione.

L'origine delle sentenze pilota si deve fare risalire al documento approvato nel 2003⁴⁴ dalla CEDU in seduta plenaria, presentato allo *Steering Committee on human rights* ove, tra l'altro, si richiedeva una revisione del testo convenzionale al fine di prevedere espressamente una base giuridica per l'adozione di questo tipo di pronunce.

La proposta fu rigettata; a detta dello *Steering Committee* non era necessaria una base giuridica *ad hoc* per ottenere il risultato richiesto. La Corte veniva inoltre sollecitata con apposita risoluzione dal Comitato dei Ministri, in cui le si chiedeva, assai innovativamente, di «identifier dans les arrêts...ce que révèle un problème structurel sous-jacent et la source de ce problème»⁴⁵.

I giudici di Strasburgo non si fecero ripetere l'invito due volte e pochi mesi dopo adottavano la prima decisione in cui, contrariamente, come si è detto, alla prassi precedente, indicavano allo Stato parte in causa quali misure generali fossero necessarie perché esso potesse adempiere all'obbligo previsto dall'art. 46 della Convenzione⁴⁶.

Più precisamente, in detta decisione, la Corte di Strasburgo ha stabilito che la violazione in quel caso rilevante della Convenzione era stata originata da un «problema sistematico e strutturale», connesso con il malfunzionamento della legislazione interna. Vista l'importante ripercussione quantitativa del problema, che coinvolgeva 80.000 persone, essa sospendeva perciò i 167 ricorsi pendenti a Strasburgo sulla stessa questione fino a quando «lo Stato rispondente non avesse assicurato, attraverso l'adozione di misure legali e di prassi amministrative, l'attuazione dei diritti fondamentali protetti dalla Convenzione (nel caso di specie il diritto di proprietà)». In particolare nella decisione citata, i giudici di Strasburgo avevano occasione di specificare che «sebbene non spettasse in teoria alla Corte determinare quali fossero le misure da adottarsi da parte dello Stato membro coinvolto in giudizio, idonee a realizzare, da parte dello stesso Stato, gli obblighi impostigli dall'art. 46 della Convenzione», alla luce delle violazioni sistematiche che sono state identificate, «fosse indispensabile che la Polonia adottasse al più presto delle misure di carattere generale in grado di prendere in considerazione gli interessi delle molte persone coinvolte». Inoltre, gli stessi giudici aggiungevano che «ciò che più conta è che tali misure siano una risposta effettiva alle patologie

⁴⁴ Steering Committee for Human Rights, Interim Activity Report of 26 November 2003, doc. CDDH (2003)026 Addendum 1 Final, paragraphs 20-21.

⁴⁵ Risoluzione del Comitato dei Ministri Res (2004) 3, «sur les arrêts qui relevent un problème structurel sous-jacent». E' essenziale non sottovalutare, guardando all'atteggiarsi del nuovo corso della giurisprudenza della Corte EDU relativa all'adozione delle decisioni pilota, al ruolo determinante che ha avuto il Comitato dei Ministri nell'incoraggiare prima e sostenere dopo tale nuovo approccio. Basti pensare che un anno dopo la prima pronuncia pilota Broniowski cui si farà tra poco un accenno, il comitato dei ministri adottava una risoluzione provvisoria (n. 58 del 5-7-2005) in cui, preso atto delle iniziative adottate dal governo polacco per conformarsi alle misure di carattere generale richieste dalla Corte, espressamente domandava «aux autorités polonaises d'intensifier leur efforts afin d'adopter rapidement les réformes législatives».

⁴⁶ Sent. *Broniowski c. Polonia*, 22-6-2004, ric. 31443/96. Per un approfondimento della decisione e specialmente per un'analisi delle implicazioni che questa sembra poter avere sulla nuova portata interordinamentale che le decisioni della Corte EDU sembrano acquistare cfr. E. LAMBERT, *La Cour européenne au secours du comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote"* in *Revue Trimestrielle de droits de l'homme*, 2005, p. 203 ss.; J. JACKSON, *Broniowski v. Poland, A Recipe for increate legitimacy of the European Court of human rights as a supranational constitutional Court*, in *Connecticut Law Review*, 2006, p. 759 ss.

sistematiche rintracciate, in modo da evitare un sovraccarico del contenzioso con tutta una serie di ricorsi derivanti dalla stessa causa», per concludere che «con l'obiettivo di assistere lo Stato contraente nell'adempimento dei suoi obblighi previsti dall'art. 46, la Corte ha anche pensato di indicare la tipologia di misure che potrebbero essere adottate dallo Stato polacco al fine di mettere fine alla violazione sistematica prima identificata» (par. 193).

È dunque in tale disposizione che la Corte rintraccia il fondamento giuridico del potere, autoattribuitosi, di individuare, allo scopo di «assistere», come accertamente specifica, lo Stato parte in causa, le misure generali che quest'ultimo è tenuto ad adottare per porre fine alla sua violazione della Convenzione.

Si tratta – come è evidente non solo dalla lettura dell'art. 46 ma anche dal fatto che la Corte stessa aveva chiesto in un primo tempo, come detto, una modifica della Convenzione per inserirvi un'apposita norma che legittimasse tale competenza – di una base giuridica non solidissima. Dubbi a proposito hanno anche espresso alcuni giudici della Corte nella loro opinione parzialmente dissenziente in *Hutten-Czapska*⁴⁷, un caso assai recente, ma non l'ultimo⁴⁸, in cui giudici di Strasburgo hanno fatto uso della tecnica della sentenza pilota⁴⁹, a proposito di un caso di sistematica violazione da parte della Polonia delle garanzie previste dalla Convenzione a favore dei proprietari in caso di violazione del diritto di proprietà.

Alla luce del nuovo orientamento delle decisioni c.d. “pilota” che sembra avviarsi ad un prossimo consolidamento⁵⁰, c'è chi inizia a mettere in dubbio⁵¹, come si diceva, l'efficacia esclusivamente dichiarativa delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tali pronunce, infatti, hanno, almeno nelle intenzioni della stessa Corte, un effetto sempre meno mediato e sempre più diretto e generalizzato

⁴⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, opinione parzialmente dissenziente del Giudice Zagrebelsky alle decisioni del 19-6-2006 e del 28-4-2008. In particolare il giudice italiano osserva come la Corte europea attraverso il nuovo corso delle decisioni pilota rischi di varcare il limite che assicura un equilibrio dei poteri tanto, in una dimensione orizzontale, all'interno del Consiglio d'Europa, tra Corte e Comitato dei Ministri, che si vede usurpato nel suo ruolo di custode esclusivo dell'esecuzione da parte degli Stati delle decisioni della Corte, quanto nella dimensione verticale che collega il livello CEDU a quello nazionale in quanto, a suo dire, «the Court is not competent (and does not have the necessary knowledge) to express a view in the abstract and in advance on the consequences of the reforms already introduced in Poland and to give a vague positive assessment of a legislative development».

⁴⁸ Un caso molto recente di adozione di una decisione pilota da parte della Corte EDU è quello del 15 gennaio 2009, *Burdov contro Russia*, ric. 33509/04.

⁴⁹ Altre decisioni in cui si è riproposto, seppure non nella sua forma caratteristica, lo schema delle sentenze pilota sono le seguenti: *Sejodovic v. Italy*, 10-11-2004, ric. 56581/00; *Lukenda v Slovenia*, 06/10/2005, 23032/02; *Xenides-Arestis v. Turkey*, 22.12.2005, ric. 46347/99; *Scordino v. Italy*, 29.03.2006, ric. 36813/97; *Driza v. Albania*, 13-11-2007, ric 33771/02; *Urbárska Obec Trenčianske Biskupice v. Slovakia*, no. 74258/01; 27-11-2007; *Gülmez v. Turkey*, 20-05-2008, no. 16330/02.

⁵⁰ Ci si riferisce in particolare alle decisioni recentemente adottate dalla Corte di Strasburgo relative al caso *Hutten Czapska*. V. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Hutten-Czapska c. Polonia*, 22-8-2005, ric. 35014/97, Grande Chambre, 19-6-2006 e 28-4-2008. Vedi l'attenta ed originale analisi di W. SADURSKI, *Partnering*, cit. V. ancora più recentemente, nel 2008 e 2009, due decisioni contro la Romania nel caso *Viasu c. Romania*, 9-12-2008 (75951/01) e *Katz c. Romania*, 20-1-2009 (29739/03) ed alla pronuncia confronti della Russia, del 21-1-2009, *Burdov*, cui si è già fatto riferimento.

⁵¹ A. GARDINO CARLI, *Stati*, cit., 119.

all'interno dello Stato membro coinvolto, non così lontano dall'efficacia interordinamentale che caratterizza le decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee. Inoltre, direttamente proporzionale al maggior livello di invasività delle decisioni della CEDU all'interno degli ordinamenti giuridici nazionali è la progressiva riduzione, a danno di quest'ultimi, della ampiezza del margine di apprezzamento. Sempre più spesso, infatti, è la stessa Corte di Strasburgo, leggendo nell'art. 46 quello che in realtà - almeno alla luce di un'interpretazione letterale, non c'è, - a "suggerire" allo Stato quali misure (individuali o di portata generale) adottare, incidendo in tal modo non solo, come "in teoria" dovrebbe essere, sull'*an* relativo all'obbligo da parte dello Stato nei confronti del quale è stata adottata una decisione di conformarsi alla stessa, ma anche sul *quomodo*, relativo alla indicazione delle misure nazionali che gli Stati devono assumere in sede di esecuzione della decisione stessa⁵², al fine di adempiere a tale obbligo⁵³.

2.9.2. ...e dell'effetto indiretto delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo

Finora ci si è occupati del progressivo consolidamento, da parte della Corte europea, dell'effetto diretto della sua giurisprudenza, con conseguente maggiore pervasività del diritto CEDU "vivente" all'interno dell'ordinamento nazionale parte in causa a Strasburgo.

Vi è però un'altra tendenza nella quale sembra prendere forma la nuova aggressività post-allargamento della giurisprudenza della Corte europea.

La questione è quella relativa all'esistenza, in capo ai Paesi contraenti (ed in particolare ai giudici di quest'ultimi), di un dovere di rispettare il *dictum* della Corte anche ove non fossero parti in causa⁵⁴.

Il testo dell'art. 46 rema contro tale estensione, visto che ricollega l'obbligo "di conformazione" esclusivamente allo Stato destinatario della decisione di condanna.

Si è però proposto di recente⁵⁵ di ancorare l'estensione degli effetti delle decisioni al principio di solidarietà, solennemente previsto dall'art. 3 dello Statuto del

⁵² Orientamento che è stato confermato dalla Grande Chambre nel caso *Ocalan* dove si prevede espressamente che «la Corte, al fine di "aiutare" lo Stato convenuto ad adempiere al suo obbligo previsto dall'art. 46, indica la tipologia di misure da adottare per rimediare alla accertata violazione strutturale della convenzione». Grande Chambre, 12-5-2005, *Ocalan c. Turchia*, ric. 46221/99, par. 210, richiamata da A. Gardino Carli, *Gli Stati*, cit., 118.

⁵³ Vedi 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. Già in passato la Corte aveva dimostrato di poter interferire più attivamente nella scelta dei mezzi a disposizione dello Stato per l'esecuzione di una sua decisione. Vedi Corte europea dei diritti dell'uomo, *Deweert c. Belgio*, 27-2-1980, par. 38, che metteva in causa l'articolo 11 della Legge belga del 22-1-1945.

⁵⁴ A proposito di tale possibile ampliamento dei destinatari del vincolo di conformità nei confronti della giurisprudenza della CEDU la dottrina ha elaborato la nozione di *res interpretata*, per designare quella che l'Assemblea parlamentare definisce efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte europea (v. a questo riguardo la risoluzione n. 122 del 28-9-2000, ove si giunge alla conclusione che «gli Stati contraenti devono non solo eseguire le sentenze pronunciate dalla Corte nelle cause in cui sono parte, ma devono egualmente tener conto delle eventuali incidenze che le sentenze pronunciate in altri casi possono avere sui loro sistemi e sulle loro prassi giuridiche»).

Consiglio d'Europa⁵⁶. Altri hanno fatto riferimento, alternativamente, alla missione della Corte EDU di guardiana dell'ordine pubblico europeo o al suo ruolo di interprete autentico della Convenzione⁵⁷.

Tra le varie modalità dell'accennata amplificazione, da parte della Corte europea, dell'effetto indiretto delle proprie decisioni, ci si vuole qui concentrare su quella in cui emerge più chiaramente il tono "super-costituzionale" della sua più recente giurisprudenza. Si tratta delle ipotesi in cui essa ha manifestato una sostanziale indifferenza verso le ripercussioni che un suo accertamento potrebbe avere sulla struttura costituzionale dello Stato condannato o di altri Stati membri.

È vero che, notoriamente, il diritto internazionale è indifferente alla struttura interna, anche costituzionale, degli Stati, e che questi non possono invocare le specificità del proprio sistema giuridico per giustificare il mancato rispetto dei propri obblighi. Ma è anche vero che tale principio assume una valenza tutta speciale ove operi in riferimento ed a vantaggio della giurisprudenza di Corti come quelle di Strasburgo e Lussemburgo, che "danno voce" a sistemi normativi caratterizzati, *ratione materiae*, da un livello di interferenza interordinamentale molto più elevato rispetto a quello caratteristico del diritto internazionale *tout court*.

Viene alla mente, a questo proposito, quel celebre passaggio in cui il giudice *di Lussemburgo*, nel 1970, affermava che «il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità, né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato»⁵⁸.

Ventotto anni dopo, nel pieno del processo di allargamento ad est del Consiglio d'Europa, la Corte europea affermava esplicitamente, in un caso in cui una disposizione costituzionale della Turchia, così come interpretata dalla Corte costituzionale turca, si poneva in contrasto con la Convenzione, che quest'ultima «non fa alcuna distinzione quanto ai tipi di norme e di misure in causa. [...] Inoltre l'organizzazione istituzionale e politica degli Stati membri deve rispettare i diritti ed i principi previsti dalla Convenzione. Importa poco, a questo riguardo, che si possa trattare di disposizioni costituzionali»⁵⁹.

⁵⁵ V. ESPOSITO, *La liberté des Etats dans le choix de moyen de mise en oeuvre des arrêts européens des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p. 823 ss.

⁵⁶ A norma del quale «ogni Membro del Consiglio d'Europa riconosce il principio della preminenza del diritto e il principio secondo il quale ogni persona soggetta alla sua giurisdizione deve godere dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Esso si obbliga a collaborare sinceramente e operosamente al perseguimento dello scopo definito nel capo I». In effetti anche Corte sembra voler legittimare tale nuovo approccio facendo leva sul principio di "lealtà convenzionale" previsto dall'art 1 della Convenzione appena richiamato quando, in una decisione che anticipa di pochi mesi la pronuncia (Broniowski) in cui teorizzerà, per la prima volta, il nuovo corso delle pronunce pilota, dopo aver richiamato il portato della sentenza *Scozzari*, già richiamata, circa l'interpretazione estensiva dell'art. 41 aggiunge che «it follows from the Convention, and from Article 1 in particular, that in ratifying the Convention the Contracting States undertake to ensure that their domestic legislation is compatible with it. Consequently, it is for the respondent State to remove any obstacles in its domestic legal system that might prevent the applicant's situation from being adequately redressed» *Maestri c. Italia*, 17 febbraio 2004 (39748/98)

⁵⁷ Entrambe le proposte sono di E. Lambert, *Les effets*, cit., rispettivamente, 313 e 315.

⁵⁸ Corte di giustizia, sent. 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, causa C-11/70.

⁵⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 30-1-1998, *Partito comunista unificato di Turchia e al. c. Turchia*, parr. 29-30.

Ma situazioni simili si erano già verificate in precedenza,, allorché il giudice europeo aveva messo in causa la legittimità convenzionale di diverse disposizioni costituzionali e/o di orientamenti delle Corti costituzionali degli Stati contraenti. Uno dei casi più eclatanti si è avuto proprio nel 1990, quanto la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrario alla Convenzione ed, in particolare, all'art. 10, c. 1, relativo alla libertà di espressione, l'art. 40, c. 3 della Costituzione irlandese che, così come interpretato dalla Corte suprema, faceva divieto di dare alle donne irlandesi informazioni riguardanti la possibilità di sottoporsi all'estero ad operazioni di interruzione della gravidanza.

Si potrebbero citare molti altri casi in cui una decisione della Corte europea ha messo in discussione orientamenti o pratiche costituzionali degli Stati membri⁶⁰. A titolo esemplificativo⁶¹, può ricordarsi che il Tribunale costituzionale tedesco, a seguito decisione della Corte EDU nel c.d. caso *Vogt*⁶², ha modificato la sua prassi costituzionale in forza della quale membri attivi di partiti "estremisti" erano esclusi da qualsiasi impiego di servizio pubblico⁶³.

Nel 1999, in un caso che riguardava la Francia, i ricorrenti lamentavano che una certa legge retroattiva avesse violato il principio della parità delle armi in giudizio e quello della certezza della legge: non fu sufficiente il fatto che il *Conseil constitutionnel* non avesse accertato violazioni della Costituzione francese per impedire alla Corte europea di riscontrare una violazione dell'art. 6 della Convenzione⁶⁴.

Sempre nel 1999, i giudici di Strasburgo ritenevano contraria all'art. 9 della CEDU la prassi costituzionale, supportata da una legge *ad hoc*, che imponeva ai parlamentari di San Marino di recitare, al momento dell'entrata in carica, un sermone religioso⁶⁵.

Più recentemente, nel celebre caso che ha riguardato la principessa di Monaco, la Corte europea ha seguito un orientamento antitetico a quello del Tribunale costituzionale federale tedesco: se, a detta di questo, le foto in cui la principessa era ritratta in luogo pubblico rientravano, data la celebrità del personaggio, nell'ambito della libertà di stampa costituzionalmente garantita (art. 5 della Costituzione tedesca), e non violavano dunque il diritto alla riservatezza della ricorrente, il giudice europeo riscontrava invece una violazione dell'art. 8 della CEDU⁶⁶.

⁶⁰ Stati che il più delle volte si sono conformati, modificando disposizioni e prassi costituzionali (così come molte Corti costituzionali hanno adeguato al portato delle decisioni di Strasburgo i propri orientamenti giurisprudenziali).

⁶¹ Per una disamina di altri casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo, specialmente dalla seconda metà degli anni novanta, ha adottato un orientamento che contraddiceva la giurisprudenza consolidata, specie costituzionale, degli Stati membri, v. D. SZYMCAK, *La Convention Européenne de droits de l'homme e le juge constitutionnel national*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 530-533 e pp. 457-549.

⁶² Corte europea dei diritti dell'uomo 26-9-1995, *Vogt c. Germania*, 323 ss, 1995.

⁶³ A detta della Corte EDU, se il partito non è proibito *ex lege* e se il soggetto è in grado di adempiere a tutti gli obblighi che gli derivano dall'essere un incaricato di pubblico servizio, un divieto del genere viola l'art. 10 della Convenzione.

⁶⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, sent. 28-10-1999, *Zielninsky e Pradal c. Francia* ric. 24846/94 e da 34165/96 a 34173/96.

⁶⁵ *Buscarini e a. c. San Marino*, 18-2-1999 (24645/94)

⁶⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Von Hannover c. Germania*, ric. 59320/00, 24-6-2004. V. infine, per un caso di contrasto con il Tribunale costituzionale spagnolo, la sentenza della Corte europea *Moreno Gómez c. Spagna* del 16-11-2004

2.10. Il problema del superamento del giudicato nazionale

Si è visto come sia riscontrabile una generale tendenza all'ampliamento degli effetti delle decisioni della Corte europea, che sembra muovere verso un vero e proprio "ribaltamento" dell'originaria (e per parte sua sicuramente riduttiva) "lettura" dell'art. 41.

Se a lungo l'applicazione di tale norma si era orientata nel senso della pressoché esclusiva valorizzazione dell'equa soddisfazione in denaro, a discapito – anche nei casi in cui sarebbe stata possibile una riparazione "in forma specifica" – di quest'ultima soluzione (che, secondo il tenore dell'art. 41, avrebbe dovuto rappresentare l'opzione da privilegiarsi), in molti casi degli ultimi anni, invece, si è giunti non solo a preferire la riparazione delle conseguenze "in forma specifica" allorché essa fosse agevole o comunque possibile secondo il diritto nazionale, ma addirittura a richiedere la "conformazione" degli Stati alle statuizioni della Corte anche attraverso una *modifica* del loro diritto interno, più o meno espressamente censurato proprio perché tale da non consentire la piena riparazione delle conseguenze della violazione e/o perché tale – aspetto questo connesso ma in effetti diverso – da non impedire il verificarsi di nuove, analoghe violazioni⁶⁷.

Sullo sfondo di tale tendenza generale, ma a ben vedere già prima ed a prescindere da essa, un problema specifico che si è posto, e che tutti i Paesi aderenti alla Convenzione hanno dovuto o devono oggi affrontare, è quello legato alla necessità di mettere in discussione il dogma dell'intangibilità del giudicato, per ipotesi nelle quali vi sia stata nell'ambito di un giudizio interno una violazione, accertata dalla Corte europea, delle norme della CEDU (o di natura "sostanziale" o sotto il profilo delle garanzie procedurali).

Il problema è (solo) per certi versi assimilabile a quello che generalmente si pone allorché un organo di giustizia costituzionale abbia accertato l'illegittimità costituzionale di una norma dalla cui applicazione sia derivata, ad esempio, la condanna di un soggetto.

In via puramente esemplificativa, può ricordarsi la sentenza del 3 marzo 2005 (ricorso n. 9808/02, *Stoichkov c. Bulgaria*), nella quale la Corte europea, dopo aver affermato che rappresenta una forma di detenzione illegittima la reclusione disposta a seguito di un giudizio interno riconosciuto iniquo in sede europea, ha individuato come unica misura di riparazione effettiva, in alternativa alla immediata scarcerazione, la riapertura del processo.

Non è qui possibile soffermarsi né sulle importanti questioni di fondo, né su alcune recenti vicende interne (caso "Dorigo", caso "Drassich", connesse iniziative legislative...), né infine sul variegato panorama di "risposte" elaborate, in sede normativa o giurisprudenziale, negli altri Paesi a fronte del comune problema⁶⁸.

⁶⁷ Oltre ai contributi già citati, cfr. su tali aspetti B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, VI, pp. 1303-1383 e ID., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.

⁶⁸ Con riguardo a tali aspetti ci si permette di rinviare integralmente, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, a V. SCARABBA, *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, I, pp. 513-543 e ID., *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, II, pp. 917-947.

Ci si può invece limitare, in questa sede, a svolgere una breve considerazione generale e a ricordare un puntuale riferimento “prescrittivo” a livello europeo, che rappresenta, insieme alle decisioni della Corte, un elemento imprescindibile ai fini in questione.

Quanto alla considerazione generale, si intende evidenziare come il problema del superamento del giudicato “post-Strasburgo” abbia risvolti “costituzionali” di assoluto rilievo, giacché in effetti, e in più sensi, l’intangibilità del giudicato sembra rappresentare l’elemento “di chiusura” degli ordinamenti giuridici (non è un caso che perfino in Germania – dove il vizio di incostituzionalità della legge ne determina, secondo la dizione del par. 78 della Legge sul Tribunale costituzionale, la “nullità”, *Nichtigkeit* – si preveda espressamente, al paragrafo successivo, il limite del giudicato, con l’unica eccezione della dichiarazione di nullità di norme penali incriminative); e, per ciò stesso, su un piano forse meno appariscente di altri, ma probabilmente cruciale dal punto di vista tecnico, un elemento fondamentale (di difesa) della sovranità (intesa in senso tradizionale).

Quanto al riferimento “prescrittivo”, si tratta della Raccomandazione del Comitato dei ministri R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 “on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights”.

In tale Raccomandazione, il Comitato – dopo aver osservato che «the practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court’s judgments shows that in exceptional circumstances the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving *restitutio in integrum*» – ha invitato gli Stati a «ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, *restitutio in integrum*»; e, «in particular, (...) to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where: (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that (a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or (b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of».

2.11. Il protocollo n. 12 sull’eguaglianza e le sue possibili ripercussioni

Come è stato rilevato in dottrina⁶⁹, notevoli ripercussioni sul ruolo “costituzionale” della Corte di Strasburgo potrebbe avere il protocollo n. 12, sottoscritto il 4 novembre 2000 ed entrato in vigore l’1 aprile 2005 dopo essere stato ratificato, come richiesto a tal fine dal suo art. 5, da 10 Stati (tra cui non l’Italia).

Per comprenderne la portata, bisogna ricordare che, ai sensi dell’art. 14 della CEDU, «[i]l godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente

⁶⁹ Cfr. S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (cur.), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, pp. 36-37 e V. ONIDA, *L’eguaglianza e il principio di non discriminazione*, resoconto della relazione introduttiva all’incontro del 12 dicembre 2004 del seminario LUISS su «I diritti fondamentali e le Corti in Europa», in www.luiss.it/semcost.

Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione» (corsivi aggiunti, come nelle citazioni successive).

Ebbene, secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, del protocollo n. 12, «[i]l godimento di ogni diritto previsto dalla legge deve essere assicurato, senza discriminazione alcuna, fondata in particolare sul sesso, la razza, [ecc.]».

L'obbligo di rispettare il principio di non discriminazione – così come dettagliatamente enunciato, con ampiezza di specificazioni, a livello convenzionale – anche con riguardo ai diritti previsti (solo) dalle Costituzioni e dalle leggi nazionali induce a ritenere che «verosimilmente il sindacato della Corte di Strasburgo potrà divenire ancora più ampio ed incisivo nei confronti dei comportamenti degli Stati. Ad esempio, tale sindacato potrebbe ... estendersi anche alle sentenze con cui le Corti costituzionali nazionali hanno applicato il principio di eguaglianza relativamente ai diritti garantiti dalle rispettive costituzioni»⁷⁰.

Inoltre, si è ancor più sottilmente notato come tale innovazione potrebbe in futuro determinare «non solo un ampliamento della giurisprudenza della Corte europea, ma anche un avvicinamento delle sue tecniche di giudizio a quelle già fatte proprie dalle corti costituzionali nazionali»⁷¹. Si avrebbe così – pur tenendo conto dell'ampio effetto di ridimensionamento che la dottrina del margine di apprezzamento potrebbe svolgere in questo campo – un ulteriore significativo innalzamento della “statura costituzionale” del giudice di Strasburgo (forse a discapito delle Corti nazionali e, per certi versi, della Corte di Lussemburgo).

2.12. Le innovazioni previste dal protocollo n. 14

Come è noto, le riforme degli anni novanta e l'allargamento del “bacino di utenza” della Corte hanno determinato un vertiginoso aumento del numero dei ricorsi, che ha messo molto gravemente in crisi la funzionalità del sistema della CEDU (con ripercussioni sulla durata dei procedimenti e non solo).

Per cercare di garantire la “tenuta” del sistema si è provveduto a mettere a punto quella che è stata definita la “riforma della riforma”⁷², mediante l'elaborazione e l'apertura alla firma, in data 13 maggio 2004, del protocollo n. 14. Peraltro, poiché ai fini della sua entrata in vigore si è richiesto il deposito degli strumenti di ratifica da parte di *tutti* gli Stati sottoscrittori della CEDU, nelle more della ratifica da parte della Russia (avvenuta solo all'inizio del 2010, forse proprio in conseguenza delle misure prese nel frattempo), diversi Stati, a partire dal 1 giugno 2009, hanno accettato – sulla base delle previsioni dell' “Accordo di Madrid” del 12 maggio 2009 – l'applicazione in via provvisoria/anticipata di alcune delle previsioni del protocollo n. 14.

Sempre allo scopo di anticipare, per gli Stati che hanno espresso il loro consenso, alcune tra le principali innovazioni del protocollo n. 14, d'altra parte, il 27 maggio 2009 è stato approvato addirittura un apposito protocollo n. 14bis, il quale è entrato in vigore – ottenute le tre ratifiche necessarie a tal fine – il 1 ottobre 2009 (non per l'Italia).

⁷⁰ S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali* cit., p. 37

⁷¹ V. ONIDA, *L'eguaglianza e il principio di non discriminazione*, cit., p. 3.

⁷² Cfr. A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo*, cit., pp. 38-39.

Tra le circostanze che sono emerse dalle indagini statistiche di cui si è tenuto conto nel predisporre gli strumenti per fronteggiare l'enorme carico di lavoro della Corte, particolarmente significativa è quella per cui, come è stato efficacemente detto, numerosi ricorsi appaiono, già a prima vista, "palesamente fondati" – in quanto vertenti su violazioni sostanzialmente già accertate in precedenti sentenze della Corte, per lo più in connessione a problemi di carattere "strutturale" di alcuni Paesi (situazione carceraria, durata dei processi, trattamento di alcune minoranze, ecc.) – mentre moltissimi altri (ed è questa la categoria di ricorsi più ampia in assoluto) risultano "palesamente infondati", o comunque non ricevibili⁷³.

Così stando le cose, si spiegano agevolmente le due principali innovazioni di cui al Protocollo n. 14 (entrambe "anticipate" dal protocollo n. 14bis).

Per un verso, infatti, si introduce – in aggiunta alle diverse già esistenti formazioni della Corte (v. sopra) – la figura del *giudice unico*, a cui spetta (avvalendosi anche dell'assistenza di relatori non giudiziari facenti parte dell'Ufficio di Cancelleria: art. 24, par. 2) il compito di dichiarare irricevibili o radiare dal ruolo, con decisione definitiva, tutti quei ricorsi per i quali una decisione di tal genere risulti palesamente doverosa, senza bisogno di ulteriori accertamenti, «sans examen complémentaire» (merita di essere precisato che – secondo quanto previsto dal nuovo art. 26, par. 3 – la funzione di giudice unico non potrebbe essere svolta dal giudice che sia stato eletto in relazione allo Stato contro cui sia stato presentato il ricorso).

Per l'altro verso, ai Comitati di tre giudici (che già erano e restano competenti ad adottare, con voto unanime, analoghe decisioni di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo: cfr. art. 28, par. 1, a.) si riconosce anche il potere (art. 28, par. 1, b.), per così dire speculare, di dichiarare un ricorso ricevibile e pronunciare contestualmente una *decisione di merito* – sempre con voto unanime (in assenza di un voto unanime, in un senso o nell'altro, il caso passerebbe infatti alla Camera di sette giudici) – quando la questione relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli che è all'origine del caso è oggetto di una "giurisprudenza ben stabilita" della Corte (favorevole all'accoglimento del ricorso, come risulta sottinteso).

Quanto alla nozione di "giurisprudenza ben stabilita", l'*Explanatory Report* precisa che «"[w]ell-established case-law" normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber. Exceptionally, however, it is conceivable that a single judgment on a question of principle may constitute "well-established case-law", particularly when the Grand Chamber has rendered it» (corsivi aggiunti).

Dall'art. 26 si ricava che il giudice eletto a titolo dello Stato parte della controversia non ha diritto a far parte del Comitato di tre giudici. Tuttavia, ai sensi dell'art. 28, «[s]e il giudice eletto a titolo dell'Alta Parte contraente parte della controversia non fa parte del Comitato, quest'ultimo può, in qualsiasi momento della procedura, invitarlo a partecipare alla procedura in sostituzione di uno dei suoi membri, in considerazione di tutti i fattori pertinenti, ivi compreso il fatto di sapere se questa Parte ha contestato l'applicazione della procedura del paragrafo 1.b.».

Se queste due importanti modifiche si collocano essenzialmente – insieme ad alcune altre – su un piano organizzativo e procedurale, una terza innovazione contenuta nel protocollo n. 14 (e peraltro non "anticipata" dal protocollo n. 14 bis)

⁷³ Cfr. U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss. (pp. 488-489), il quale segnala che i ricorsi "stravaganti" o comunque dichiarati irricevibili erano stati nel 2003 addirittura il 96% (circa 17.270 a fronte dei 753 dichiarati ricevibili), mentre le sentenze relative a ricorsi "ripetitivi" sono state nel 2002 e nel 2003 rispettivamente il 65% e il 60% del totale (pari a 844 sentenze nel 2002 e a 703 nel 2003).

travalica tale piano e va indirettamente ma inevitabilmente a incidere su aspetti “sostanziali”: secondo quanto previsto dal rinnovato articolo 35, infatti, la Corte, in qualsiasi fase della procedura, potrà e dovrà dichiarare irricevibili i ricorsi (individuali) non più solo qualora ritenga «che il ricorso é incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi Protocolli, manifestamente infondato o abusivo», ma anche qualora reputi «che il ricorrente *non ha subito alcun danno rilevante*, a meno che *il rispetto dei diritti dell’Uomo* garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli non esiga un esame del ricorso per quanto riguarda il merito e a patto di non rigettare, per questa ragione, alcuna causa *che non sia stata debitamente esaminata da un tribunale interno*».

Circa il riferimento all’assenza di un “danno rilevante”, merita di essere riportato – per la trasparenza con cui vi si illustra l’esemplare “delega (quasi) in bianco” che il testo normativo conferisce alla giurisprudenza – quanto si legge nel Rapporto esplicativo: «The main element contained in the new criterion is the question whether the applicant has suffered a significant disadvantage. These terms are *open to interpretation* (this is the additional element of flexibility introduced); the same is true of many other terms used in the Convention, including some other admissibility criteria. Like those other terms, *they are legal terms capable of, and requiring, interpretation establishing objective criteria through the gradual development of the case-law of the Court*».

Certo, questa sorta di “valvola di sfogo” è ridimensionata dalle due “contro-eccezioni” – o “clausole di salvaguardia”, secondo l’espressione del Rapporto esplicativo – contenute nella seconda parte della frase citata: la prima clausola (quella che fa genericamente riferimento alle esigenze di rispetto dei diritti dell’Uomo garantiti dalla Convenzione) più elastica, e utilizzabile con una certa discrezionalità dalla Corte; la seconda clausola («...e a patto di non rigettare, per questa ragione, alcuna causa *che non sia stata debitamente esaminata da un tribunale interno*») per così dire “minimalista” e più rigida, ma non priva di spazi interpretativi d’intervento, anche estensivo, ad esempio mediante la minore o maggiore valorizzazione all’avverbio «debitamente»: invero, con riguardo a questa seconda “contro-eccezione” sembrano almeno in parte ripresentarsi problematiche analoghe o affini ad altre già affrontate dalla Corte, precipuamente in riferimento al diritto ad un ricorso “effettivo” ex art. 13.

A proposito della prima clausola («a meno che *il rispetto dei diritti dell’Uomo* garantiti dalla Convenzione ... non esiga un esame del ricorso...»), si può notare, alla stregua di quanto evidenziato anche dal Rapporto esplicativo, che l’espressione in questione corrisponde a quella attualmente contenuta nell’art. 37, al fine di permettere eccezionalmente la mancata cancellazione dal ruolo in casi in cui, secondo le regole ordinarie, essa dovrebbe essere disposta. Non sembra peraltro fuori luogo stabilire un collegamento anche con quanto attualmente previsto dall’art. 30 – secondo cui, come si è visto, «[s]e la questione oggetto del ricorso all’esame di una Camera solleva *gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli*, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una *contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente* dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può spogliarsi della propria competenza a favore della Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga» – nonché (in termini parzialmente differenti) dall’art. 43, laddove prevede che, qualora una parte della controversia abbia eccezionalmente chiesto che il caso sia rinviato dinnanzi alla Grande Camera, un collegio di cinque giudici di quest’ultima accolga tale richiesta di rinvio, se «la questione oggetto del ricorso solleva *gravi problemi di*

interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o anche una grave questione di carattere generale» (corsivi aggiunti).

Il Rapporto esplicativo del protocollo n. 14, per parte sua, afferma che la clausola in questione «will notably include cases which, notwithstanding their trivial nature, raise serious questions affecting the application or the interpretation of the Convention or important questions concerning national law» (corsivi aggiunti, a segnalazione dell'elemento aggiuntivo rispetto alle formule normative appena sopra riportate).

Merita poi di essere ricordata l'ulteriore cautela contenuta nell'art. 20, par. 2, secondo cui per i primi due anni la nuova condizione di ricevibilità potrà essere fatta valere soltanto dalle Camere e dalla Grande Camera (e dunque non dai comitati di tre giudici né tantomeno dal giudice unico). Ciò dovrebbe permettere quella indispensabile elaborazione giurisprudenziale che, per un verso, riempirebbe di più precisi significati la generica, se non ambigua, formula del "danno rilevante" (o, con diversa traduzione, del "pregiudizio importante", o significativo) e, per l'altro, conseguentemente, porrebbe le basi per la successiva attività decisoria dei comitati e del giudice unico (attività che presuppone, come si è precedentemente visto, l'esistenza di una giurisprudenza costante o comunque l'assenza di incertezze interpretative, tale da poter escludere l'esigenza di un *examen complémentaire*). In questo senso depone anche il Rapporto esplicativo nella parte in cui afferma che «it will take time for the Court's Chambers or Grand Chamber to establish clear case-law principles for the operation of the new criterion in concrete contexts. It is clear, having regard to the wording of Articles 27 and 28, that single-judge formations and committees will not be able to apply the new criterion in the absence of such guidance».

Appare in ogni caso evidente come un'innovazione di tal sorta, comportando una riduzione delle fattispecie di violazione dei diritti previsti dalla CEDU utilmente sottoponibili alla Corte⁷⁴, determina implicitamente una corrispondente compressione, se non della teorica titolarità dei diritti in questione, certamente della dimensione effettiva e della consistenza reale delle posizioni formalmente garantite, quasi rimodulate (e appunto compresse) attraverso l'imposizione di una sorta di "franchigia" che sposta il confine tra ciò che è lecito, o comunque di fatto è destinato a restare non sanzionato, e ciò che è illecito e concretamente sanzionato, a tutto svantaggio dei singoli e a tutto vantaggio degli Stati, i quali si troverebbero a beneficiare di un meccanismo che potrebbe addirittura provocatoriamente paragonarsi, per i suoi effetti pratici di (generalizzata e poco trasparente) "tolleranza", a quello (invero più trasparente, e comunque più selettivo e razionalmente ponderato) del margine di apprezzamento.

Si può aggiungere che il riferimento all'entità del pregiudizio subito rischia, specialmente qualora la misura venga intesa o tradotta in termini monetari, di non tenere adeguatamente conto delle differenti situazioni e condizioni dei ricorrenti, addirittura (e paradossalmente) svantaggiando quei soggetti più deboli (e, per altro verso, quei diritti fondamentali non rispondenti, e più difficilmente riconducibili, ad una logica economica) alla cui più attenta tutela dovrebbe forse invece mirare il sistema di protezione della CEDU.

Emerge dunque l'esigenza che sui profili applicativi della nuova condizione di ricevibilità si svolga (non solo in sede giurisprudenziale, ma prima di tutto in dottrina) un'accurata riflessione: per esempio, si potrebbe ricavare dalle stesse teorie

⁷⁴ O, in altri termini, una «limitazione del diritto di ricorso individuale»: U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14*, cit., p. 489.

economiche dell' "utilità marginale decrescente", prima ancora che da istanze di riequilibrio sociale, un criterio secondo il quale un danno in assoluto (e in astratto) di piccola entità sarebbe da considerarsi significativo qualora subito da un soggetto poco abbiente (o sotto altri aspetti svantaggiato, vulnerabile o privo di mezzi), mentre un danno di entità (anche molto) maggiore in termini assoluti potrebbe essere considerato concretamente non significativo se subito da un individuo molto facoltoso, da una grande impresa la cui attività non ne è risultata apprezzabilmente intaccata o comunque da un "soggetto forte".

3. LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA

È noto come la Corte di giustizia⁷⁵ abbia dai primi anni sessanta assunto un ruolo trainante nel processo di integrazione europea ed in particolare è noto come essa, utilizzando come leva l'apparentemente innocua disposizione che le dà il compito di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato,, abbia progressivamente realizzato una profonda torsione, in senso costituzionale e/o "sovranazionale", del codice genetico originario, di stampo prevalentemente internazionalistico, dell'ordinamento comunitario, sviluppando quella che è stata definita una *constitutional doctrine by a common law method*⁷⁶.

Limitandosi ad alcune tra le conquiste maggiori in questa prospettiva, può ricordarsi che la Corte, spingendosi oltre a quanto l'assetto delineato dal Trattato di Roma avrebbe lasciato presagire, ha avuto presto modo di affermare 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. Ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini»⁷⁷; ha chiarito come le fonti di diritto primario e derivato comunitario, a certe condizioni, siano dotate di un effetto diretto⁷⁸; ha esplicitamente affermato che alle stesse deve essere riconosciuto un primato nei confronti del diritto degli Stati membri⁷⁹, anche costituzionale⁸⁰: primato che, tra le altre cose, deve trovare un riscontro immediato ad opera dei giudici comuni, onde salvaguardare l'effetto utile del diritto comunitario⁸¹. E ancora, sempre nel silenzio del Trattato CEE, la Corte ha affermato – secondo quanto si illustrerà meglio nelle pagine seguenti – che i diritti fondamentali costituiscono parte dei

⁷⁵ V. Per tutti A. Tizzano, *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Napoli, 1967 ed ora, ID, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 141 ss

⁷⁶ R. POSNER, *Law and legal theory in the UK and USA*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 14. Come si è detto (E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1983, 1), «tucked away in the fairyland Duchy of Luxemburg and blessed, until recently, with the benign neglect by the powers the be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe»

⁷⁷ Sent. 5-2-1963, *Van Gend en Loos*, causa C-26/62.

⁷⁸ Sent. *Van Gend*, cit.

⁷⁹ Sent. 15-7-1964, *Costa c. Enel*, causa C-6/64, e *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa C-11/70.

⁸⁰ Sent. 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH contro Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, causa C-11/70.

⁸¹ Sent. 15-12-1976, *Simmenthal c. Ministero delle Finanze*, causa C-35/76.

principi generali del diritto comunitario⁸² e che la Comunità è tenuta ad assicurarne il rispetto⁸³, richiamandosi a tal fine alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁸⁴ e alle norme delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani⁸⁵ a cui gli Stati hanno cooperato o aderito: ad iniziare, in posizione privilegiata, dalla CEDU⁸⁶. Sempre alla giurisprudenza della Corte si deve l'affermazione della possibilità per i singoli di fare valere, davanti ad un giudice nazionale, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di tutti i poteri di questo (incluso il giudiziario e il legislativo)⁸⁷. Non meno importante, poi, è l'esplicitazione del divieto, in capo ai giudici nazionali, di accertare l'invalidità del diritto comunitario (prerogativa che spetta soltanto al giudice europeo)⁸⁸. Infine, ed anche in collegamento a molti degli aspetti ricordati, si deve porre in evidenza come la Corte di giustizia, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, abbia assunto nella sostanza il potere di valutare, seppur indirettamente, la conformità "comunitaria" del diritto nazionale, con decisioni alle quali si è attribuita, al di là di quanto scritto o non scritto nei Trattati, un'efficacia *erga omnes* (v. oltre, per entrambi gli aspetti).

3.1. La base normativa: aspetti strutturali e operativi

La composizione della Corte di giustizia presenta notevoli analogie con quella della Corte di Strasburgo, sicché ad essa possono estendersi molte delle considerazioni svolte in riferimento a quest'ultima nel par. 2.3.2.

Secondo quanto previsto oggi dall'art. 19 del Trattato sull'Unione, la Corte di Lussemburgo è composta da un giudice per ogni Stato membro, mentre dagli attuali artt. 251 ss. del Trattato sul funzionamento dell'Unione si ricava che il mandato dura sei anni, con un rinnovo parziale ogni tre anni e la possibilità di essere immediatamente rinominati. Il Presidente – che dirige le attività della Corte e presiede le udienze e le deliberazioni delle "formazioni giudicanti" più ampie – è designato per tre anni, con possibilità di rinnovo, da parte della Corte stessa.

Ai sensi dell'art. 253 TFUE i membri della Corte, «scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per l'esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza, sono nominati di comune accordo per sei anni

⁸² La spiegazione più accreditata che si dà in relazione alla emersione, all'interno della giurisprudenza della Corte di giustizia, di un filone dedicato alla tutela dei diritti fondamentali è di natura reattiva: si sarebbe trattato di una risposta della Corte alle considerazioni sull'inadeguato standard di protezione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario svolte dalla Corte costituzionale tedesca in *Solange*. Evidentemente manca la prova del contrario, per cui è difficile dire se e quando una giurisprudenza del genere si sarebbe comunque sviluppata.

⁸³ Sent. 12-11-1969, *Stauder c. Città di Ulm*, C-29/69.

⁸⁴ Sent. *Internationale Handelsgesellschaft*, cit.

⁸⁵ Sent. 14-5-1974, *Nold*, causa C-4/73.

⁸⁶ Sent. 28-10-1975, *Rutili*, causa C-6/75.

⁸⁷ Sent. 19-9-1991, *Francovich*, C-6/90, 9/90.

⁸⁸ Sent. 22-10-1987, *Foto-Frost c. Hauptzollamt di Lubeca-Est* Sentenza, causa C-314/85.

Anche in questo caso alla base della decisione è posta l'esigenza di uniformità nell'applicazione del diritto comunitario. I giudici comunitari sottolineavano in particolare che «divergenze tra i giudici degli Stati membri circa la validità degli atti comunitari potrebbero compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto».

dai governi degli Stati membri, previa consultazione» di un apposito comitato composto, ai sensi dell'art. 255, «da sette personalità scelte» dal Consiglio «tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo»⁸⁹.

Regole identiche o simili valgono per gli Avvocati generali e per i membri del Tribunale di prima istanza.

Come la Corte di Strasburgo, anche la Corte di Lussemburgo opera in diverse composizioni: in *sezioni* (di tre o cinque giudici), in *grande sezione* (formata da tredici giudici, e competente quando lo richieda uno Stato membro o un'istituzione che sia parte in causa, oppure anche, a prescindere da una richiesta di parte, per le cause che siano reputate di particolare importanza o complessità); nonché, in casi eccezionali, in *seduta plenaria*.

A differenza però della Corte europea dei diritti dell'uomo, oberata da decine di migliaia di ricorsi, la Corte di giustizia ha un ruolo di poche centinaia di cause (e gode, come è noto, della collaborazione di molto qualificati Avvocati generali, incaricati di presentare, in piena imparzialità e indipendenza, delle «conclusioni» che spesso semplificano il compito del collegio decidente).

Un'altro importante elemento distintivo rispetto alla Corte di Strasburgo risiede nell'assenza della possibilità, per i giudici di Lussemburgo che non condividano l'opinione della maggioranza, di redigere un'opinione dissenziente (o "concorrente", qualora il disaccordo riguardi solo il percorso argomentativo). Addirittura, a differenza di quanto avviene in altre Corti, inclusa la Corte costituzionale italiana, la prassi non concede al giudice relatore, in disaccordo rispetto alla decisione presa dalla maggioranza, di sottrarsi dal compito di redigere la sentenza.

La mancata previsione di opinioni separate, e la connessa tendenza a inglobare almeno in parte, all'interno della decisione, l'opinione di tutti i giudici, tende a riflettersi, come è noto, sullo "stile argomentativo" delle sentenze, inducendo, in una prospettiva compromissoria, a omettere talora dei passaggi motivazionali non sufficientemente condivisi e/o ad inserire affermazioni non del tutto coerenti con il percorso logico "principale".

Occorre peraltro osservare – tanto con riguardo alle non infrequenti "reticenze" argomentative della Corte quanto con riguardo alla, in parte connessa, presenza di "passaggi oscuri" (aspetti entrambi, del resto, che si potrebbero in molti casi ricollegare anche o piuttosto a ragioni di "prudenza istituzionale" più generali, leggendole cioè come espedienti attraverso i quali la Corte tenta di ridurre i rischi di tensioni con le altre istituzioni dell'Unione o con quelle degli Stati membri) – che leggendo le sentenze tenendo contestualmente presenti le conclusioni in precedenza formulate dagli avvocati generali è spesso possibile ricostruire portata, presupposti e implicazioni delle decisioni della Corte con maggiore chiarezza e "ricchezza" di quanto risulterebbe dalla mera lettura delle stesse.

3.2. Le funzioni

⁸⁹ Per ulteriori dettagli sulle modalità di funzionamento del Comitato e sulla nomina dei relativi membri v. le decisioni del Consiglio 2010/124/UE e 2010/125/UE del 25 febbraio 2010 (in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 27-2-2010).

Soprattutto in considerazione del modo “evolutivo” in cui il giudice comunitario ha interpretato alcune delle funzioni attribuitegli dalle disposizioni dei Trattati, non è facile effettuare un esauriente riepilogo di tali funzioni in poche righe.

Ciò che comunque è certo è che, come è stato osservato, «[l]’ampiezza della giurisdizione attribuita alla Corte di giustizia, e la molteplicità delle sue competenze, che giungono a toccare le materie più disparate ed i settori più nevralgici dell’azione comunitaria, hanno sicuramente contribuito a porre la Corte al centro del sistema comunitario. I giudizi davanti al giudice comunitario vedono di volta in volta quest’ultimo come fautore della mediazione degli equilibri tra la Comunità e gli Stati membri e delle istituzioni tra loro; garante della corretta interpretazione dei Trattati; centro propulsore dell’applicazione giudiziaria del diritto comunitario negli Stati membri; garante delle posizioni giuridiche dei dipendenti pubblici comunitari, e in altri ruoli ancora»⁹⁰.

Quanto ai tipi di giudizio e alle funzioni esercitate dalla Corte di giustizia (in via esclusiva o, in alcuni casi, in giudizi di appello contro decisioni del Tribunale di primo grado), vanno ricordati: i *ricorsi per infrazione*, su istanza della Commissione o di uno Stato membro (artt. 258 e 259 del TFUE); ovviamente, le *questioni pregiudiziali* (art. 267); i *ricorsi per annullamento* (art. 263), azionabili dalle istituzioni comunitarie o dai privati contro atti che li riguardino direttamente e individualmente; i *ricorsi in carenza*, esperibili anche da parte di ogni persona nei cui confronti si sia omesso di adottare un atto (art. 265); l’*eccezione di illegittimità* (art. 277), sulle cui potenzialità, specie al fine di sopperire alle strettoie di cui all’art. 263, non sembra inutile porre l’attenzione; le controversie per *risarcimento dei danni* extracontrattuali cagionati dalle istituzioni e dagli agenti della Comunità (artt. 268 e 340); le controversie in materia di *pubblico impiego* comunitario (art. 270); ciò oltre ad alcune ulteriori competenze, tra le quali si deve soprattutto ricordare quella relativa alla *richieste di parere* (vincolante) sulla compatibilità col Trattato dei progetti di accordi internazionali della Comunità (art. 218).

Quanto al Tribunale di primo grado, con sede a Bruxelles, esso ha competenza a pronunciarsi, appunto in prima istanza, sui ricorsi per annullamento, in carenza e per risarcimento dei danni proposti da persone fisiche o giuridiche, nonché sulle controversie in materia di pubblico impiego (cfr. art 256 TFUE).

Ai nostri limitati fini, «tra le competenze della Corte [...] che specificamente vengono in rilievo nella definizione degli equilibri comunitari, orizzontali e verticali» spiccano «sicuramente i ricorsi *per infrazione*, le *questioni pregiudiziali* e le *azioni di annullamento ed in carenza*», laddove «se i primi sono disegnati sulla falsariga del giudizio tipicamente presente negli stati federali [...] di mediazione dei conflitti tra centro e periferia, nelle seconde ritroviamo lo schema, e lo spirito di cooperazione, sussistente tra Corte costituzionale e giudici ordinari, che ha trasformato il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale nell’architrave principale del sistema di giustizia costituzionale italiano»⁹¹.

La centralità del meccanismo di rinvio pregiudiziale deve essere sottolineata soprattutto in relazione al fatto che esso, oltre a consentire alla Corte di svolgere un sindacato interpretativo su tutto il diritto comunitario e un sindacato di validità sul

⁹⁰ R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004, p. 94.

⁹¹ Così ancora R. CALVANO, *La Corte di giustizia*, cit, p. 96 (corsivi aggiunti), la quale aggiunge che «[i] ricorsi per annullamento, avvicinati a quelli in carenza per la simmetria delle due ipotesi, in cui un atto o un’omissione rappresentano un’uguale violazione del Trattato, sono sicuramente ancora più utili alla discussione circa la natura del sindacato della Corte di giustizia».

diritto comunitario derivato, ha permesso, complice la collaborazione a livello nazionale dei giudici comuni(tari), lo sviluppo di una forma di indiretto sindacato – nel quale il diritto comunitario, primario e derivato, funge sostanzialmente da parametro – *sul diritto nazionale*⁹².

Tale sindacato assume una valenza speciale, in qualche modo “costituzionale”, laddove operato in riferimento ai diritti fondamentali, o meglio (e prescindendo dai profondi cambiamenti derivanti anche sotto questo profilo dalla piena attribuzione di valore giuridico alla Carta dei diritti, per effetto del Trattato di Lisbona) a quei particolari “principi generali” enucleati dalla Corte allo scopo di attribuire rilievo nell’ordinamento comunitario ai diritti fondamentali (alla stregua di quanto illustrato più ampiamente nel prossimo paragrafo). Come è stato osservato, «[è], infatti, opinione comunemente condivisa che tale tipo di procedura, e la giurisprudenza che grazie ad essa si è formata, ha svolto un ruolo essenziale nel contribuire [...] alla tutela delle posizioni individuali di cui i singoli interessati affermano la titolarità. Tanto che, da ultimo, in occasione del caso *Köbler* [sent. 30-9-2002, causa C-224/01] non si è esitato ad osservare che solo in presenza di una giurisprudenza consolidata della Corte, o di una soluzione normativa che non lascia adito ad alcun ragionevole dubbio, è consentito ai giudici nazionali di evitare il ricorso alla procedura pregiudiziale [così che] una decisione contraria alla giurisprudenza della Corte o che da essa si discosti, ignorando l’osservanza dell’obbligo di rinvio pregiudiziale, è sufficientemente caratterizzata per essere fatta valere, al fine di ottenere la responsabilità dello Stato al quale appartiene l’organo giudicante, anche da parte ed a vantaggio del soggetto privato che a seguito di tale violazione è risultato pregiudicato. Si tratta, pertanto, di una procedura che è proprio rivolta alla tutela delle *posizioni giuridiche individuali* il cui fondamento si trova in specifiche disposizioni o [appunto] *principi* di diritto comunitario»⁹³.

Quanto ai ricorsi per annullamento, poi, merita di essere ricordata l’annosa questione relativa ai requisiti di accesso al giudice comunitario per ogni persona fisica o giuridica (richiedendosi a tal fine, tradizionalmente, che gli atti impugnati, nel caso in cui “appaiano” «come un regolamento o una decisione presa nei confronti di altre persone, la riguardino *direttamente e individualmente*»)⁹⁴. In proposito, da una

⁹² Tra i tanti, v. al riguardo F. SORRENTINO, *L’art. 177 del Trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 229 ss, A. ADINOLFI, *L’accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997, P. IVALDI, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Comunicazioni e Studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002, pp. 233-275, A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA, E. DE MARCO (cur.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, p. 91, G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, Bologna, 2004, pp. 50-52, 63 ss. e spec. 74-75 e S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, II, pp. 547-558 (spec. pp. 550-551).

⁹³ S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, cit., pp. 550-551 (corsivi aggiunti). L’A. conclude che «[n]on stupisce, quindi, che *sia stata proprio la giurisprudenza maturata a seguito di tale tipo di procedura che abbia consentito il consolidarsi di pratiche applicative uniformi relativamente all’effettiva portata dei diritti individuali* [così come per altro verso] non stupisce neppure che della portata di tali diritti sia stata data un’interpretazione progressivamente sempre più lata» (corsivi aggiunti).

⁹⁴ V., tra i tanti, L. MONTANARI, *La disciplina del ricorso individuale nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, III, p. 1542 ss., e M. CONDINANZI, *Il ricorso diretto ai giudici europei*:

parte si può ricordare l'apertura interpretativa che alcuni anni addietro è stata tentata dal Tribunale⁹⁵ per essere poi però respinta dalla Corte⁹⁶; dall'altra, si deve segnalare l'innovazione introdotta (dapprima nel Trattato Costituzionale ed in seguito) nel Trattato di Lisbona (v. art. 263 TFUE), secondo cui «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...] ricorso [non solo] contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardino direttamente e individualmente, [ma anche] contro gli atti regolamentari che la riguardino direttamente e che non comportino alcuna misura d'esecuzione».

3.3.1. *Il parametro: l'elaborazione della Corte in tema di "principi generali" e diritti fondamentali*

Come è noto, nel Trattato di Roma non vi erano riferimenti ai diritti fondamentali. Oltre che richiamandosi ad una asserita convinzione iniziale secondo cui l'attività della CEE difficilmente avrebbe potuto interferire con i diritti fondamentali, tale "silenzio" può (meno ingenuamente) spiegarsi pensando alle "pericolose" potenzialità centripete che riferimenti del genere avevano mostrato di possedere in altri ordinamenti complessi, *in primis* quello degli Stati Uniti⁹⁷.

Non solo dunque non vi era alcun catalogo di diritti, ma nemmeno un generico riferimento ad essi e alla necessità che fossero rispettati da istituzioni ed organi comunitari.

E, sotto questo profilo, praticamente nulla è cambiato fino al 1992, quando, col Trattato di Maastricht, si è introdotta un'innovazione apprezzabile nel dato normativo: che peraltro, come si vedrà, non è nemmeno considerabile tale sotto tutti gli aspetti, stante il tenore delle disposizioni *de quibus*, essenzialmente "confermative" dei risultati già raggiunti dalla Corte di giustizia sulla base (ma è forse meglio dire semplicemente "in vigore") del precedente quadro normativo.

quadro giurisprudenziale e costituzione europea, in *Quad. cost.*, 2004, p. 628 ss.

⁹⁵ Cfr. sul punto R. CALVANO, *Un felice révérement: il giudice comunitario allarga le maglie del ricorso individuale in base alla Cedu e alla Carta di Nizza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁹⁶ Cfr. P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 715 ss.

⁹⁷ Sulle implicazioni del XIV emendamento, con riguardo al ruolo del giudiziario e del legislativo federale, cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I (*La Costituzione liberale*), Torino, 1998, pp. 115-124, e II (*La Costituzione democratica*), Torino, 2000, p. 222; sulla dottrina della *Incorporation*, sulle sue origini statunitensi e sulle analogie e le divergenze tra, per così dire, la "versione americana" e la "versione europea" di essa, cfr. inoltre J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 135 ss., K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, p. 575 ss. (spec. p. 590 ss.), e Id., *Respects for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, spec. p. 18 ss.

Merita di essere ricordato, anche in vista di quanto si dirà nelle pagine seguenti, che nel progetto di trattato istitutivo della Comunità Europea di Difesa del 27 maggio 1952 fosse invece previsto l'obbligo di rispettare «les libertés publiques et les droits fondamentaux des individus» (art. 3) e che una norma analoga figurasse nel progetto di trattato istitutivo della Comunità politica europea del 26 febbraio 1953, insieme alla previsione (riproposta in tempi più recenti, e sulla quale si tornerà nel paragrafo 4) di un *rinvio pregiudiziale della Corte della Comunità alla Corte Europea dei diritti dell'uomo* (art.43).

Occorre dunque concentrarsi proprio sul percorso seguito dalla Corte, la quale, inizialmente, negava in sostanza che tra i propri compiti vi fosse quello di verificare il rispetto dei diritti fondamentali da parte della Comunità, escludendo ad esempio, nel caso *Stork* (sentenza del 4 febbraio 1958), di poter accertare e tenere in alcun modo in considerazione la violazione di principi fondamentali del *Grundgesetz* tedesco da parte di atti comunitari.

È singolare che la Corte giungesse a questa conclusione affermando che il suo compito era semplicemente quello di «garantire il rispetto del diritto nell'interpretazione del Trattato», e dunque rifacendosi proprio a quella norma sulla quale, successivamente, avrebbe fondato una giurisprudenza di segno opposto: «La Corte di giustizia assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato» (art. 164 del TCEE, poi 220 TCE, corrispondente all'attuale art. 19 del TUE).

Tale disposizione, si può notare, conteneva e contiene un elemento di ambiguità: di *quale* diritto, nell'interpretazione (e applicazione) del Trattato, la Corte deve garantire il rispetto? Solo del diritto contenuto nel Trattato, o anche di qualche *altro* "diritto"? E, nel secondo caso, il problema diventa anzitutto, chiaramente, quello di individuare quale sia questo ulteriore e diverso "diritto" che pure si impone alla Comunità (nonché agli Stati, in quanto agiscono nell'ambito del diritto comunitario) di rispettare, e alla Corte di giustizia di garantire.

Deve richiamarsi a questo punto un'altra disposizione (anche se tale collegamento, altrimenti difficilmente congetturabile, si fonda solo sul "senno di poi"): quella contenuta nel secondo paragrafo dell'art. 215 (poi 288 TCE e oggi 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), secondo cui «[i]n materia di responsabilità extra-contrattuale, la Comunità deve risarcire, *conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri*, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni»⁹⁸. È da tale disposizione, infatti, che la Corte ha preso le mosse per giungere a conseguenze ricostruttive pressoché inedite sul piano teorico e di assoluto rilievo pratico⁹⁹. Alla "premessa maggiore" per cui essa deve assicurare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e applicazione del Trattato», e sul presupposto di una interpretazione "ampia" o "aperta" del termine «diritto» in tale norma, la Corte ha in sostanza accostato un'audacissima "premessa minore" secondo la quale *esistono* e hanno *generalizzata rilevanza nell'ordinamento comunitario*, e dunque *sono diritto*, alcuni *principi generali*. La conclusione chiaramente è che essa ha il potere (e il dovere) di individuare e applicare tali principi.

Su tali basi, la Corte è poi giunta nel giro di pochi anni a parlare di principi generali *dell'ordinamento comunitario*: «[n]on è stata, questa», come è stato osservato, «impresa da poco. In sostanza la Corte di Lussemburgo, nei suoi grandi giorni, trovava, dietro la norma comunitaria [o – può aggiungersi – non comunitaria!], il principio generale di cui essa era espressione. Ma l'ambito del principio generale era più vasto e conteneva anche altre implicazioni che, da quel principio, la Corte andava svolgendo. Per fare ciò, la Corte allargava ed integrava le norme comunitarie utilizzando sistematicamente un principio d'interpretazione che è l'esatto contrario di quello di cui i tribunali internazionali si avvalgono, nella

⁹⁸ Corsivi aggiunti, come altrove se non diversamente specificato.

⁹⁹ Che l'«origine remota» di quella che diverrà poi la "formula" delle "tradizioni costituzionali comuni" stia nell'art. 215, comma 2, del Trattato è affermato ad esempio da G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, cit., p. 151, il quale ricorda anche che «[d]i tale norma la Corte si avvale quasi subito ben oltre i limiti della responsabilità extracontrattuale».

preoccupazione di non occupare più spazio di quello che le parti hanno loro chiaramente assegnato. La Corte di Lussemburgo, invece, *agiva come Corte costituzionale europea*»¹⁰⁰. Affermazione questa che può forse apparire eccessiva, ma che può trovare fondamento, da un lato, nella circostanza che i principi generali di cui si parla erano in primo luogo da ricollegarsi alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali, a tal fine traendo sostanza, come vedremo subito, dalle «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri (oltre che dalle previsioni dei trattati in materia di diritti, tra cui in particolare la CEDU); e, dall'altro, quanto al profilo applicativo, nel fatto che tali principi erano e sono in grado di condizionare la stessa *validità* (e interpretazione) di *tutti gli atti comunitari* nonché di *tutti gli atti statali adottati nell'ambito di attuazione del diritto comunitario* (v. in proposito le sentenze *Wachauf* del 13 luglio 1989 ed *Ellimiki Radiophonia Tileorasi AE* del 18 giugno 1991; e, oggi, l'art. 51 della Carta dei diritti).

Andando con ordine, può ricordarsi come già prima del 1969, anno in cui usualmente si colloca la “svolta” della Corte, si hanno alcune importanti aperture. Oltre che ad alcune sentenze in materia di impiego comunitario, nelle quali la Corte era comunque «aliena dall'enunciare criteri metodologici che [finissero] col vincolarla»¹⁰¹, l'attenzione va rivolta a una sentenza del 13 luglio 1966 (causa 56-58/64, *Consten e Grunding c. Commissione*) nella quale si è considerato come integrato nell'ordinamento comunitario, ed applicato per dichiarare la illegittimità di una decisione della Commissione e parzialmente annullarla, il principio di proporzionalità, sostanzialmente “recependolo” dagli ordinamenti degli Stati membri. Tale sentenza è estremamente rilevante in quanto – al di là della valenza garantistica che, nel merito, lo stesso principio di proporzionalità possedeva e possiede – in essa emerge chiaramente quel peculiare *metodo* di “integrazione selettiva”¹⁰² che ha poi permesso alla Corte, attingendo a piene mani dagli ordinamenti nazionali, di ricostruire dei principi generali “a tutto campo” (e di *contenuto* e *ruolo* sostanzialmente costituzionale), rilevanti anche in sede di *rinvio pregiudiziale*, in sede di *controllo di legittimità* su ricorso *diretto* ex artt. 173, 174 e 176 (numerazione originaria), ed eventualmente in sede di *ricorso “in carenza”* ex artt. 175 e 176 (sempre secondo la numerazione originaria).

Il passo ai nostri fini decisivo è in ogni caso compiuto con la sentenza del 12 novembre 1969 (causa C-29/69, *Stauder*), in cui si afferma che «i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce l'osservanza».

In quella del 17 dicembre 1970 (causa C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*), poi, dopo aver confermato che «la tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi generali» di cui essa «garantisce l'osservanza», la Corte ha precisato che «la salvaguardia di questi diritti» è «*informata alle tradizioni costituzionali comuni* agli Stati membri» e, per altro verso, che essi vanno garantiti «*nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità*».

Nella sentenza del 14 maggio 1974 (causa 4/73, *Nold*), infine, la Corte da un lato ha ribadito che essa, nel garantire la tutela dei diritti fondamentali, «è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni»; dall'altro ha compiuto un ulteriore passo, affiancando a tale fonte di “ispirazione” un'altra fonte (anzi numerose altre),

¹⁰⁰ L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2001, I, p. 38.

¹⁰¹ G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, cit., p. 94

¹⁰² Cfr. M. CARTABIA, *Principi inviolabili* cit., p. 33, P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. XV, Padova, 1997, pp. 260 e 270.

affermando che «i *trattati internazionali* relativi alla tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati hanno *cooperato o aderito*» «possono del pari *fornire elementi* di cui *occorre tener conto* nell'ambito del diritto comunitario». Pochi mesi dopo, nella sentenza *Rutili* del 28 ottobre 1975, la Corte si riferirà espressamente, per la prima volta, alla CEDU. E, come noto, il riferimento a tale fonte diverrà un riferimento "privilegiato".

Il quadro così delineato merita alcune osservazioni. Innanzitutto si può notare come la Corte – nell'individuare i due ambiti giuridici di riferimento, rispettivamente quello (multi)nazionale delle tradizioni costituzionali e quello propriamente internazionale dei trattati in materia di diritti dell'uomo – abbia avuto cura di ritagliarsi un ampio "margine di manovra" precisando che i diritti ivi previsti hanno rilievo non in quanto tali, ma solo in quanto «principi generali del diritto comunitario», e che essi vanno appunto garantiti «nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità».

A tal proposito, ma anche più in generale, può essere illuminante un raffronto tra il modo di operare della Corte di Lussemburgo e quello della Corte di Strasburgo con riferimento a quello stesso parametro normativo che è la CEDU. Va premesso al riguardo che a tale Convenzione, «ben più omogenea e maneggevole», «le tradizioni costituzionali comuni hanno [da tempo] ceduto il primo posto» nell'ideale classifica, per così dire, dei fattori materiali utilizzati (almeno esplicitamente) dalla Corte di giustizia nella ricostruzione dei principi generali, «al punto che si può parlare di una gerarchizzazione in suo favore»¹⁰³. Ciò premesso, a fini di raffronto si può fare anzitutto un rilievo di carattere "strutturale". Come è stato osservato, infatti, «[l]a Corte di Strasburgo massimizza ed esalta il proprio parametro, sia perché quest'ultimo è estremamente omogeneo, radicandosi in principi e valori tutti strutturati intorno alla persona ed alla sua dignità, sia in quanto [almeno in linea di principio] *non raffronta con essa un'altra norma, ma atti e comportamenti*, occasionalmente fondati su *una* norma, e dunque sublima la Convenzione con un grado di intensità superiore a quello di qualsiasi giudice costituzionale nazionale»; raramente (e comunque senza particolari problemi) dovendo effettuare bilanciamenti. La Corte di giustizia, invece, «avendo preso le mosse da un ordinamento funzionale a valori economici, pur ampliandosi grazie alla sua dottrina dei poteri impliciti, ha necessariamente effettuato bilanciamenti a spettro molto più largo, ed in questo somiglia molto di più a una corte costituzionale»¹⁰⁴. Ma se da un lato questo ha comportato che la Corte comunitaria «[n]el bilanciare ha piegato necessariamente la tutela di libertà non economiche a principi come la concorrenza e la libera circolazione di lavoratori e merci, o comunque ha dovuto leggere la protezione delle prime attraverso una *lente di funzionalizzazione*», dall'altro «[q]uesto non significa però necessariamente che il bilanciamento che essa opera sia ineguale, ma solo che si svolge nell'ambito di un *set* di valori più eterogeneo, che rende espliciti o più consistenti limiti non solo esterni, ma anche di contenuto, ai diritti del catalogo della Convenzione e funzionalizza più marcatamente quelli della propria creatività giurisprudenziale, che in tale elenco non appaiono»¹⁰⁵.

A riprova del fatto che non sempre il bilanciamento effettuato dalla Corte di giustizia ha favorito i cosiddetti valori economici, a discapito dei diritti e dei "veri" valori, si possono richiamare in via esemplificativa già alcuni frammenti di quella stessa sentenza *Nold* del 14 maggio 1974 nella quale la Corte ha aperto le porte ai trattati internazionali. In tale sentenza, infatti, il giudice di Lussemburgo faceva

¹⁰³ G.F. FERRARI, *op. cit.*, p. 79.

¹⁰⁴ G.F. FERRARI, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 83

anche alcune altre significative affermazioni, sottolineando in particolare come determinate posizioni giuridiche, e in specie il *diritto di proprietà* e la *libertà di commercio*, «lungi dal costituire prerogative assolute, vanno considerati alla luce della *funzione sociale* dei *beni* e delle *attività* oggetto di tutela» e che «nell'ordinamento comunitario appare legittimo sottoporre tali diritti a taluni *limiti* giustificati dagli obiettivi *di interesse generale* perseguiti dalla Comunità, purché non resti lesa la sostanza dei diritti stessi»¹⁰⁶.

Dalle parole della sentenza *Nold* – ma anche, ovviamente con le dovute eccezioni e riserve, dall'insieme della giurisprudenza comunitaria – sembra possibile dedurre un approccio tutto sommato sensibile ed equilibrato (o comunque non così sbilanciato in senso “economicistico” come si potrebbe credere) del giudice di Lussemburgo, che, lungi dall'arroccarsi, per ciò stesso acuendola, sulla “monotematicità” dei trattati (come pure avrebbe potuto, se non dovuto, fare), ha invece semmai fatto il possibile per “correggerla”: e non solo attraverso l'apertura di principio ai diritti, ma anche, in molti casi, attraverso la concreta individuazione e (ri)definizione di essi, e attraverso il loro bilanciamento¹⁰⁷.

Alla luce di quanto detto finora, non risulta sorprendente il fatto che gli Stati

¹⁰⁶ Sulla stessa linea, in tempi recenti, si può ricordare la sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005, cause C-453/03, C-11/04, C12/04 e C-194/04, *Abna Ltd e a. vs. Secretary of State for Health etc*, nella quale si ribadisce che il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica, pur appartenendo al novero dei principi generali del diritto comunitario, non costituiscono «prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro *funzione sociale*».

¹⁰⁷ In dottrina si sono più volte effettuati dei “censimenti” delle acquisizioni *sostanziali*, in materia di diritti, della giurisprudenza della Corte di giustizia. Cfr. ad esempio – oltre ai “commentari” o “repertori” pubblicati in relazione all'adozione della “Carta di Nizza” – E. GUILD, G. LESIEUR, *The European Court of Justice and the European Convention of Human Rights*, London, 1998, G.F. MANCINI, *op. cit.*, p. 57 e pp. 150-151; A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004 e E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, I, 180, che effettua una sintetica ricognizione – alla quale ci si può qui sostanzialmente rifare – ordinata mediante la tradizionale distinzione tra diritti civili, diritti economici e diritti sociali. Quanto ai primi, si ricordano il riconoscimento del diritto alla dignità umana (sent. 3-7-1974, *Casagrande I*), della libertà di associazione (sent. 8-10-1974, *Union Syndicale*), della libertà religiosa (sent. 27-10-1976, *Prais*), della libertà di espressione (sent. 17-1-1984, *VBVB-VBBB*), del rispetto della vita privata (sent. 26-6-1980, *National Panasonic*) e familiare (sent. 18-5-1989, *Commissione c. Germania*), del diritto di soggiorno (sent. 29-10-1975, *Rutili*), del diritto alla inviolabilità di domicilio (sent. 21-9-1989, *Hoechst*), del diritto a una tutela giudiziaria effettiva e a un processo giusto (sent. 1-4-1987, *Dufay*), del controllo giurisdizionale degli atti amministrativi (sent. 14-5-1986, *Johnston*), del diritto di difesa e del contraddittorio (sent. 23-10-1974, *Transoceans Marine Paints*), del diritto all'assistenza legale (sent. 18-5-1992, *A.M. & S.*), del principio *nulla poena sine culpa* (sent. 10-7-1990, *Hansen*), dell'irretroattività delle norme penali (sent. 10-7-1984, *Kirk*). Tra i diritti a contenuto economico si ricordano il diritto di proprietà e la libertà professionale (sent. 13-12-1979, *Hauer*), la libertà di commercio (sent. 17-12-1970, *Internationale Handelsgesellschaft*) e di concorrenza (sent. 7-2-1985, *ADBHU*), il divieto di discriminazioni fra produttori e acquirenti (sent. 19-10-1977, *Ruckdeschel*). Tra quelli sociali, infine, si richiamano il principio di parità fra lavoratori e lavoratrici (sent. 7-6-1972, *Sabbatini Bertoni*), il diritto alla ricongiunzione del nucleo familiare (sent. 15-2-1985, *Diatta*), l'estensione dei vantaggi sociali ai figli dei lavoratori migranti (*Casagrande*, cit.), il divieto di discriminazioni in tema di prestazioni sociali in favore dei lavoratori immigrati (sent. 15-1-1986, *Pinna*).

membri, quando nel 1992 hanno finalmente deciso di introdurre un riferimento ai diritti fondamentali nel quadro normativo dei trattati, si sono limitati a “recepire”, trasponendola sinteticamente in una apposita previsione, non tanto “la giurisprudenza” della Corte, intendendo con questo termine l’insieme delle soluzioni di merito fino a quel momento adottate (alle quali si è invece guardato allorché si è deciso, diversi anni dopo, di redigere la Carta dei diritti fondamentali), quanto l’impostazione operativa, “l’impegno di tutela”, il meccanismo recettizio escogitato e affinato dalla Corte: «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» (così il testo originario dell’art. 6 TUE).

Si è avuta così, in sostanza, una “ratifica normativa”, e giustamente a livello primario, dell’operato di portata “costituzionale” della Corte, attraverso una previsione destinata a sopravvivere alle successive riforme dei trattati, inclusa l’ultima. Oggi, dunque, l’art. 6 del Trattato sull’Unione dispone, al par. 1, che «[l]’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; e, al par. 3, che «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali».

3.3.2. (segue:) *La Carta dei diritti e le sue potenzialità in riferimento al ruolo “costituzionale” della Corte di giustizia (e... dei giudici comuni?)*

Come si è appena ricordato, il Trattato di Lisbona, riconoscendo alla Carta dei diritti fondamentali “lo stesso valore giuridico dei trattati” ha finalmente posto fine alle principali incertezze e ambiguità circa lo *status* di tale fondamentale documento, “solennemente proclamato” al vertice di Nizza nel dicembre 2000¹⁰⁸ e successivamente fatto oggetto di un travagliato percorso di “sdoganamento giurisprudenziale”, ad opera dei giudici nazionali e degli stessi giudici comunitari¹⁰⁹.

Per comprendere quali possano essere le profonde implicazioni del formale e pieno riconoscimento del valore giuridico della Carta dei diritti sul ruolo “costituzionale” della Corte di giustizia (e non solo di essa...), occorre riflettere in via preliminare sulla non inverosimile eventualità che si sviluppi – in virtù, per così dire, del “corto circuito” tra il già operante principio di immediata prevalenza del diritto comunitario (con conseguente obbligo di non applicazione del diritto interno contrastante) e la peculiarità dei contenuti del testo di Nizza (assimilabili a grandi linee a quelli della prima parte della nostra Costituzione) – una sorta di “sindacato

¹⁰⁸ Per alcune osservazioni “a caldo”, dense di spunti di riflessione, cfr. G. FLORIDIA, «*Nell’intenzion dell’artista, e agli occhi degli abitanti*» (osservazioni sulla “Dichiarazione dei diritti” di Nizza), in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, I, 163; per l’approfondimento di alcune questioni problematiche, e per ulteriori indicazioni bibliografiche, ci si permette invece di rinviare a V. SCARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008 (spec. pp. 101-267).

¹⁰⁹ Cfr. O. POLLICINO, V. SCARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra “sdoganamento giurisprudenziale” e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, I, pp. 101-124.

diffuso”, in riferimento alla Carta, che andrebbe in ipotesi ad affiancare¹¹⁰, e di fatto in molti casi a sostituire¹¹¹, il sindacato accentrato svolto, in riferimento alle Costituzioni, dalle Corti nazionali¹¹².

Ciò premesso, può osservarsi come, in quest’ordine di idee, una (ulteriore) parziale trasformazione si potrebbe avere nello stesso ruolo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (e, in ultima istanza, nel complessivo ruolo istituzionale di quest’ultima): se già oggi, come si è ricordato e sottolineato, lo strumento del rinvio pregiudiziale viene frequentemente utilizzato (dai giudici comuni quando non anche dai giudici costituzionali) allo scopo di ottenere dalla Corte di Lussemburgo una sorta di indiretta valutazione sulla “legittimità comunitaria” del diritto interno, è evidente come il meccanismo in questione, con la consacrazione di un catalogo scritto di diritti e principi fondamentali “vigenti a livello dell’Unione”, verrebbe ad assomigliare sempre più ad un “incidente di costituzionalità” sotto diverso nome, diverso parametro, e diverso giudice (anche in questo caso – tenuto conto della tendenziale corrispondenza contenutistica dei parametri sullo sfondo – con forti rischi di “scavalco” del giudice costituzionale “interno”, e delle stesse Costituzioni nazionali).

Le considerazioni svolte dovrebbero indurre a riflettere, in prospettiva futura, sull’opportunità che le Corti costituzionali – per evitare di restare escluse, per così dire, dal “circuito di giustizia costituzionale europea” – si aprano, più di quanto in genere abbiano fatto finora, all’utilizzo, da parte loro, dello strumento del rinvio

¹¹⁰ Quantomeno nell’ambito applicativo delineato (pur problematicamente) dall’art. 51 della Carta.

¹¹¹ Possono richiamarsi a questo proposito le riflessioni di M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l’isolamento della Corte costituzionale italiana* e A. CELOTTO, *La Carta di Nizza e la crisi del sistema europeo di giustizia costituzionale*, in A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAIITA, G. SILVESTRI (CUR.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, rispettivamente a p. 201 ss. e p. 227 ss.; nonché, dei medesimi due Autori, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4477 ss.

¹¹² Con riguardo al problema, fondamentale, dell’efficacia diretta delle norme di diritto comunitario primario, è noto come tale prerogativa sia stata affermata dalla Corte di giustizia alla condizione che gli obblighi siano precisi, chiari e incondizionati e non richiedano misure complementari a livello comunitario o nazionale (cfr. in proposito, oltre alla sentenza *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963, le sentenze *Becker* del 19 gennaio 1982 e *Kaefer e Proccaci* del 12 dicembre 1990).

Nel quadro di tale impostazione, la Corte di giustizia ha via via incluso tra le norme del Trattato CE dotate di efficacia diretta (talora solo “verticale”, spesso anche “orizzontale”, come ad es. nel caso degli artt. 39, 43, 50 e 81), se non altro, quelle di cui agli articoli 12 (divieto di discriminazione in base alla nazionalità), 25 (divieto di dazi doganali e tasse di effetto equivalente), 28 e 29 (divieto di restrizioni quantitative), 39 (libera circolazione dei lavoratori), 43 (diritto di stabilimento), 50 (libera circolazione dei servizi), 81 (divieto di intese), 82 (divieto di abuso di posizione dominante), 88 (sugli aiuti di Stato), 95 (divieto di discriminazioni fiscali nei confronti dei prodotti importati), 141 (sulla parità tra i sessi).

Come intuibile osservando tale elenco, e come esplicitamente considerato da P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell’Unione europea*, cit., pp. 110-111, la Corte «ha qualificato come *direttamente applicabili*, e quindi invocabili da individui e da imprese davanti ai giudici nazionali, anche disposizioni comunitarie che non lasciavano trasparire una volontà di creare in capo ad essi situazioni giuridiche positive» (il che, incidentalmente, può risultare significativo anche con riguardo all’incombente problema dell’operatività della clausola di cui all’art. 52, par. 5 della Carta dei diritti, che mira ad introdurre una improbabile rigida distinzione di regime tra “diritti” e “principi”).

pregiudiziale, non solo nell'ambito dei giudizi in via principale, ma anche (compatibilmente con le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione) nell'ambito dei giudizi in via incidentale.

Il perdurare del rifiuto delle Corti (o almeno di alcune di esse) di avvalersi di tale meccanismo (anche) nei giudizi incidentali finirebbe, infatti, per rafforzare ulteriormente il rapporto "privilegiato" dei giudici comuni con la Corte di giustizia (rapporto che come si accennava andrebbe ad assumere, dato il nuovo ambito "para-costituzionale" in cui si andrebbe a utilizzare il rinvio pregiudiziale, contorni e valenze ben diverse rispetto al passato) e contestualmente, come si è detto, accentuerebbe l'"isolamento" dei giudici costituzionali nazionali.

Viceversa, la piena apertura al rinvio pregiudiziale da parte delle Corti nazionali potrebbe permettere un qualche "riaccentramento", paragonabile a quello operato dalla nostra Corte costituzionale sul "fronte" della CEDU con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, tra l'altro anche, se non soprattutto, in risposta ad analoghe, serpeggianti tendenze verso forme di "sindacato diffuso" e disapplicazione del diritto interno contrastante con i diritti e principi fondamentali previsti dal "parametro" europeo, rappresentato, in quel caso, dalla Convenzione.

Imporre, o almeno consentire, ai giudici comuni di rivolgersi – ove si presenti un dubbio di conformità di una norma interna con un diritto o principio fondamentale previsto (anche) nella Carta europea o comunque dotato di rilievo comunitario – al proprio giudice costituzionale prima (o meglio *invece*) di interpellare la Corte di Lussemburgo (alla quale poi semmai si rivolgerebbe in quest'ottica, qualora occorra, proprio il giudice costituzionale nazionale), permetterebbe di contrastare, o almeno non assecondare e rafforzare nelle sue possibili degenerazioni, quella sorta di possibile "deriva giudiziaria europeistica" che molte critiche (non sempre pretestuose) ha suscitato in passato e in misura ancora maggiore potrebbe suscitare in futuro.

Estremamente significativo, in quest'ordine di idee, sembra il fatto che la recente legge organica francese che ha disciplinato condizioni e modalità del nuovo ricorso in via incidentale al *Conseil constitutionnel*¹¹³ abbia previsto che in caso di doppia pregiudiziale (internazionale, e dunque anche comunitaria, da un lato; costituzionale, dall'altro) la precedenza – la "priorità" – debba essere attribuita proprio al giudice costituzionale interno¹¹⁴.

¹¹³ LOI organique no 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

¹¹⁴ Per l'immediata segnalazione di tale aspetto e della sua importanza (nonché potenziale problematicità, in riferimento ai vincoli di uniforme applicazione del diritto comunitario tradizionalmente posti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia) si deve ringraziare Roberto Romboli. Testualmente, la legge organica (agevolmente consultabile sul sito internet del *Conseil constitutionnel*) dispone quanto segue: «En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel»; «En tout état de cause, le Conseil d'Etat ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel».

3.4.1. L'oggetto: il sindacato (diretto) sugli atti comunitari...

Quanto al possibile "oggetto" del sindacato, diretto o indiretto, della Corte di giustizia, si è già visto come esso possa di fatto includere tanto atti normativi comunitari quanto, a certe condizioni (v. paragrafo successivo) e in certi modi (v. appunto quanto si è poc'anzi scritto a proposito del rinvio pregiudiziale), atti normativi nazionali.

Occorre qui concentrarsi più che altro sulle ipotesi in cui la Corte di giustizia opera, in qualche senso, come "corte costituzionale": ciò – può affermarsi – è quanto avviene allorché essa utilizza come parametro determinate norme di diritto comunitario primario, tra le quali come si è visto rientrano, oltre alle previsioni dei trattati, quelle relative alla tutela dei diritti fondamentali, sia sotto forma di principi generali sia, in prospettiva futura, con puntuali appigli testuali nella Carta dei diritti fondamentali.

Così delimitato il discorso, deve anzitutto osservarsi che, almeno fino a tempi recenti, non sono stati rinvenuti (contrariamente a quanto si potrebbe intuitivamente supporre) casi in cui atti *comunitari* sono stati reputati illegittimi per contrasto con i diritti fondamentali, e conseguentemente annullati¹¹⁵. In relazione a tale circostanza vi è chi, adottando una chiave di lettura parzialmente giustificativa della maggior indulgenza della Corte verso gli atti dell'Unione, ha esplicitamente sostenuto l'ammissibilità, in linea di principio, di un ricorso a *test* differenti nell'ambito del controllo di legittimità (diretto o indiretto) di diverse categorie di atti, sottolineando però al contempo la necessità che si sviluppi una organica teoria in grado di spiegare e guidare una prassi del genere¹¹⁶.

Alla luce della circostanza appena ricordata, risulta di ancor maggior interesse la già per altri versi importantissima sentenza *Kadi* del 3 ottobre 2008, con la quale la Corte di giustizia – ribaltando in sede di appello l'esito e l'impostazione complessiva di due decisioni adottate il 21 settembre 2005 dal Tribunale di prima istanza – è giunta ad annullare parzialmente, per contrasto con alcuni diritti e principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, un regolamento comunitario che imponeva misure restrittive (divieto di voli, congelamento dei capitali) nell'ambito della lotta al terrorismo, in attuazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

In considerazione del notevole spessore "costituzionale" di tale sentenza, sembra opportuno ricordarne in questa sede i passaggi cruciali¹¹⁷.

Dopo aver, in primo luogo, ricordato che «la Comunità è una comunità di diritto nel senso che né i suoi Stati membri né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla *carta costituzionale fondamentale* costituita dal Trattato CE», e che «un accordo internazionale [quale la Carta delle Nazioni Unite] non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di

¹¹⁵ Che «[i] giudici di Lussemburgo hanno fabbricato degli involucri, non li hanno riempiti di contenuti» è affermato da G.F. MANCINI, *La tutela dei diritti dell'uomo: il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in Id., *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, cit., p. 154.

¹¹⁶ In questo senso le riflessioni svolte da Miguel Poiarés Maduro al Convegno *La Carta e le Corti. Il processo di costruzione di un'Europa dei diritti*, svoltosi a Roma il 28-29 aprile 2006 presso l'Ufficio per l'Italia del Parlamento europeo.

¹¹⁷ Per una trattazione più ampia, e per ulteriori indicazioni bibliografiche, cfr. volendo O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, pp. 159-174.

conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto in forza della competenza esclusiva di cui essa è investita» (competenza considerata «come facente parte dei fondamenti stessi della Comunità»), e dopo aver, in secondo luogo, ribadito che, «secondo una costante giurisprudenza, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza», che «il rispetto dei diritti dell'uomo rappresenta una condizione di legittimità degli atti comunitari ... e che nella Comunità non possono essere consentite misure incompatibili con il rispetto di questi ultimi», la Corte è giunta alla conclusione secondo cui «da tutti gli elementi citati emerge che gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i *principi costituzionali* del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui *tutti* gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso».

E, come si anticipato, oltre a ribadire in astratto la propria competenza a sindacare il regolamento impugnato – competenza che invece il Tribunale di prima istanza aveva ritenuto di declinare, sulla base di una ricostruzione dei rapporti tra ordinamento internazionale, ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario assolutamente criticabile¹¹⁸ e smentita in sede di appello – la Corte ha in questo caso riconosciuto, per così dire, l'incostituzionalità comunitaria del regolamento impugnato, e non ha esitato ad annullarlo nella parte relativa ai ricorrenti.

3.4.2. ...e il sindacato indiretto sugli atti nazionali (...nell'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione)

Passando invece all'altro versante, quello cioè relativo al sindacato sugli atti normativi degli Stati membri, la questione centrale è quella dell'individuazione dei casi in cui la Corte di giustizia può essere chiamata a verificare il rispetto da parte di tali atti dei vincoli comunitari (in particolare, per quanto qui interessa, di quei vincoli di natura in qualche modo “costituzionale”, con fondamento nei trattati o, più che altro, nei principi generali e, oggi, nella Carta dei diritti: sono queste seconde le ipotesi più problematiche sulle quali occorrerà soffermare l'attenzione tra breve).

Sul piano procedurale tale sindacato sugli atti nazionali, come si è anticipato, può essere effettuato (con diverse conseguenze) o in via diretta – in particolare a seguito di ricorso per infrazione – oppure, soprattutto, in via “obliqua”, grazie al meccanismo del rinvio pregiudiziale a fini (formalmente) interpretativi (del diritto comunitario; ma in realtà, alla stregua di quanto si è ricordato, a fini di sindacato indiretto, più o meno implicito, appunto sul diritto nazionale).

Sul piano “sostanziale”, i problemi si sono posti e si pongono soprattutto, come anticipato, per l'individuazione delle ipotesi “materiali” in cui può/deve aver luogo il controllo della Corte sugli atti nazionali in riferimento ai diritti e principi fondamentali dell'Unione.

¹¹⁸ Cfr. V. SCJARABBA, *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rassegna Forense*, 2006, I, pp. 147-190, e in www.associazionedeicostituzionalisti.it, dal 23 dicembre 2005, nonché alcuni successivi e più autorevoli commenti, tra cui quello di B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 333-345.

In proposito, la formulazione dell'art. 51 della Carta dei diritti – che prevede che essa si applichi agli Stati «esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione» – appare piuttosto restrittiva in sé e sembra a prima vista recepire la giurisprudenza della Corte sul punto in maniera *parziale*. Si è notato, in particolare, come da tale giurisprudenza emerga che gli Stati membri devono rispettare i diritti fondamentali comunitari non soltanto quando “eseguono” il diritto comunitario¹¹⁹, ma anche quando pretendono di derogare¹²⁰ o fare eccezione¹²¹ ad esso secondo giustificazioni dallo stesso in principio permesse¹²².

Tuttavia, sebbene alcuni autori abbiano sostenuto esattamente il contrario¹²³, si ritiene che il testo delle «spiegazioni»¹²⁴ della Carta possa indurre a rivedere l'impressione iniziale. In esse si legge infatti: «[p]er quanto riguarda gli Stati membri, la *giurisprudenza della Corte* sancisce senza ambiguità che l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali definiti nell'ambito dell'Unione vale per gli Stati membri soltanto quando agiscono *nel quadro del* diritto comunitario (sentenza del 13 luglio 1989, *Wachauf*, causa 5/88, Racc. 1989, pag. 2609; sentenza del 18 giugno 1991, *ERT*, Racc. 1991, pag. I-2925)»¹²⁵.

Ebbene, il riferimento alla giurisprudenza della Corte e l'utilizzo di una formula esplicativa semanticamente ampia¹²⁶, insieme a più generali considerazioni sui compiti affidati alla Convenzione e sul complessivo ruolo della Carta, spingono dunque a non interpretare l'art. 51 come “correttivo” dell'indirizzo della Corte.

Su tale indirizzo anzi, proprio alla luce delle parole contenute nelle «spiegazioni», vale la pena tornare con alcune ulteriori osservazioni. Infatti, se oltre che alle sentenze in cui la Corte di giustizia ha *affermato* la sussistenza per gli Stati del vincolo di rispetto dei “diritti fondamentali comunitari”¹²⁷ si rivolge l'attenzione anche alle sentenze in cui essa ha *negato* la sussistenza di tale vincolo, ci si può accorgere che il giudice di Lussemburgo ha fatto ricorso, in questi casi, a una

¹¹⁹ Caso *Wachauf*, 13 luglio 1989 (5/88).

¹²⁰ Caso *ERT*, 18 giugno 1991 (C-260/89).

¹²¹ Caso *Familiapress*, 26 giugno 1997 (C-368/95).

¹²² Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, I, p. 4. V. Anche, sul punto, M. CARTABIA, *Articolo 51*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, (cur.), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 344 ss. (spec. p. 347 ss.).

¹²³ Cfr. G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (cur.), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss. (p. 217), secondo cui le «spiegazioni» darebbero «della disposizione una lettura ancor più restrittiva».

¹²⁴ Si tratta, come è noto, di quella sorta di “appendice illustrativa” che il Segretariato del Consiglio, al tempo della “prima” Convenzione (o “Convenzione Herzog”, dal nome del suo presidente), aveva redatto su incarico del *Presidium* di quest'ultima. Per un tentativo di approfondimento delle questioni connesse a tale documento (anche in relazione al successivo inserimento di un problematico richiamo ad esso nell'articolato della Carta) cfr., volendo, V. SCIARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, pp. 59-93.

¹²⁵ Corsivi aggiunti.

¹²⁶ Cfr., in proposito, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 85, secondo cui «le parole “nel quadro” sembrano riecheggiare le [...] formule estensive impiegate proprio dalla Corte di Lussemburgo nella sua giurisprudenza: del tipo “nell'ambito” o “nel campo di applicazione” del diritto comunitario».

¹²⁷ Ossia, in altri termini, dei diritti fondamentali così come ricostruiti appunto dalla Corte di giustizia, sotto forma di principi generali del diritto comunitario.

nozione che si avvicina molto appunto a quella di «quadro del diritto comunitario», usata nelle «spiegazioni», ed è dunque in grado, indirettamente, di illuminare quest'ultima: si tratta della nozione di “*ambito di applicazione* del diritto comunitario”. Tale nozione è stata utilizzata dalla Corte «in senso *negativo* agli effetti di *escludere* dal raggio di azione dei diritti fondamentali comunitari l'attività nazionale che *non* sia compresa dentro di suddetto ambito, cioè, che *non presenti elementi di collegamento* con *nessuna* delle *situazioni contemplate nell'ordinamento comunitario*»¹²⁸; «cosa che, interpretata *contrario sensu*, implicherebbe l'inclusione in suddetto raggio di azione di *ogni attività* che presenti *elementi di collegamento*, e non necessariamente in termini stretti di *applicazione* o *esecuzione* [e nemmeno, si potrebbe aggiungere, di *deroga/eccezione regolamentata*], con il Diritto Comunitario»¹²⁹. In altri termini, si potrebbe dire, la Corte non ha configurato due “insiemi complementari” di situazioni, avendo (per il momento) *affermato* la sussistenza del vincolo di rispetto dei diritti fondamentali comunitari in capo agli Stati soltanto in *alcune* delle situazioni nelle quali, secondo le argomentazioni usate al fine di *negare* tale vincolo, esso potrebbe sussistere¹³⁰.

Stando così le cose, la Carta non solo non si porrebbe in contrasto con l'indirizzo della Corte, ma anzi ne valorizzerebbe le potenzialità di sviluppo, ponendo le basi per un'ulteriore evoluzione della “casistica” giurisprudenziale¹³¹. Non si tratta certo di una soluzione della questione dal punto di vista della “certezza”; ma, del resto, un problema del genere sembra *fisiologicamente* sfuggire ad una disciplina sintetica, astratta e tendenzialmente definitiva (o comunque duratura), potendo essere meglio affrontato in maniera *analitica, concreta*, e suscettibile di *continui aggiustamenti* (in senso estensivo, o eventualmente, in senso restrittivo). Ecco perché, forse, il “recettivo rilancio” (sempre che sia tale) dell'elaborazione giurisprudenziale sul punto appare una scelta al contempo naturale e opportuna.

Sotto altro profilo, non si può poi non ricordare un aspetto che scompagina ulteriormente il già incerto disegno poc'anzi abbozzato: come è stato acutamente osservato, infatti, accade spesso che, «data la *connessione* esistente tra le *situazioni giuridiche soggettive rilevanti per l'ordinamento comunitario* (ad es.: libertà di circolazione nel territorio dell'Unione) e quelle *appartenenti alla*

¹²⁸ Cfr. i casi *Kremzow*, 29 maggio 1997 (C-299/95), e *Annibaldi*, 18 dicembre 1997 (C-309/96).

Ma v. anche, più di recente, la sentenza 2 ottobre 2003 (causa C-148/02), nella quale si afferma che la cittadinanza dell'Unione «non ha lo scopo di ampliare la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato a situazioni nazionali *che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario*» (il passaggio citato è riportato, con l'aggiunta qui dei corsivi, da F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, I, p. 92; significative anche le successive affermazioni della Corte, secondo cui il collegamento con il diritto comunitario sussiste «*nel caso di persone che siano cittadini di uno Stato membro soggiornanti legalmente nel territorio di un altro Stato membro, pur se cittadini anche di quest'ultimo*»).

¹²⁹ Così R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali*, cit., p. 5 (corsivi aggiunti).

¹³⁰ Cfr. al riguardo, e in senso sostanzialmente convergente, le considerazioni di M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, cit., p. 221 ss.

¹³¹ Cfr. ancora, a questo proposito, le considerazioni di S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 85, nota 213, dove – dopo essersi notato che «l'ambiguità delle spiegazioni [dovuta all'uso della formula estensiva “*nel quadro* del diritto comunitario”] è accresciuta anche dai riferimenti giurisprudenziali contenuti nelle medesime» – si conclude che «[s]embrerebbe quasi che il redattore di tale spiegazione non conoscesse bene la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo; oppure che la conoscesse troppo bene ed abbia voluto confondere le acque per dare maggiore spazio di manovra alla giurisprudenza futura!».

competenza degli Stati membri (ad es.: uso della lingua nel processo), il carattere espansivo del diritto comunitario e la sua prevalenza sul diritto nazionale finiscono con l'influenzare, comprimendola o dilatandola, la situazione soggettiva disciplinata dal diritto nazionale (cfr.: CGCE, sent. 24 novembre 1998, C-274/96, Bickel e Franz)», con tutte le implicazioni che, in termini sistematici, questo comporta¹³².

Altra importantissima questione sulla quale si deve ancora una volta tornare è quella delle eventuali «discriminazioni a rovescio» che possono derivare dall'esistenza stessa, ovunque lo si vada poi a collocare in concreto, di un confine, uno spartiacque, tra le fattispecie ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, e in particolare della Carta dei diritti, e le altre.

Un simile spartiacque tra fattispecie riconducibili in qualche modo all'ambito del diritto comunitario e fattispecie, strutturalmente *analoghe*, a tale ambito (pur ricostruito nei termini più ampi possibile) non riconducibili – per motivi sostanzialmente contingenti e privi di qualsiasi rilevanza dal punto di vista del soggetto coinvolto (nonché secondo un generale canone oggettivo di ragionevolezza) – potrebbe infatti portare «a risultati paradossali, se non a delle vere e proprie disparità di trattamento»¹³³. Tra i moltissimi altri esempi possibili, si può ricordare il caso *Koua Poirrez*, che, prima di essere risolto in senso favorevole al ricorrente *dalla Corte di Strasburgo* (con sentenza del 30 settembre 2003, incentrata sul divieto di discriminazione di cui all'art. 14 della CEDU, in combinazione con l'art. 1 del Protocollo n. 1, sulla protezione della proprietà), era stato sottoposto infruttuosamente *alla Corte di Lussemburgo* (cfr. sent. C-206/91 del 16 dicembre 1992)¹³⁴.

La soluzione del problema, come intuibile, non può che ricercarsi, quanto all'ordinamento italiano, nell'art. 3 Cost., alla stregua del quale non sembra affatto fantasiosa l'idea di una doverosa *estensione* – salve peraltro ipotizzabili eccezioni

¹³² Cfr. F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, cit., p. 83, corsivi aggiunti. L'A., nelle pagine seguenti, si sofferma anche sul ruolo che, in tale contesto, gioca lo stesso meccanismo di rinvio pregiudiziale, concentrando poi l'attenzione su alcune pronunce che «manifestano [...] l'esorbitanza del diritto comunitario dai propri ambiti naturali [...] in tutti i casi nei quali sulla sua applicazione incidono valutazioni normative che appartengono alla competenza degli Stati membri» (come «caso emblematico, quasi di scuola», si ricorda la sent. 12 giugno 2003, causa C-112/00).

¹³³ R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, V, p. 1873 ss. (p. 1882-1883), dove vengono proposti alcuni efficaci esempi con riferimento all'art. 41 della Carta, che sancisce il «diritto a una buona amministrazione».

¹³⁴ Cfr., al riguardo, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa* cit., p. 95, il quale ricorda anche che su tale caso si soffermò, nel suo discorso inaugurale dell'anno giudiziario, del 22 gennaio 2004, Luzius Wildhaber, Presidente della Corte di Strasburgo, richiamandolo come esempio della complessità e della «complementarietà» dei tre livelli – nazionale, comunitario e CEDU – di protezione dei diritti in Europa, non senza peraltro rimarcare come in verità sarebbe stato compito dei giudici nazionali garantire *ab origine* il rispetto delle norme della CEDU; e anzi «viene da chiedersi» – aggiunge acutamente l'A. – «se, tra le righe, la critica [di Wildhaber] non fosse rivolta anche alla Corte di Lussemburgo, posto che anch'essa applica i principi della CEDU»: laddove però, si potrebbe ulteriormente osservare, ad aver impedito alla Corte di Lussemburgo di fare quanto richiesto sembra sia stata proprio e appunto la circostanza che la partita, in tale sede, si sia dovuta giocare (e, per così dire, perdere) non già *nel merito*, ma inevitabilmente (e per quanto contraddittoriamente) sul punto (pregiudiziale) *dell'applicabilità o meno del diritto comunitario* (e quindi, anche, dei suoi stessi principi generali ex art. 6 TUE).

(specialmente laddove l'estensione andrebbe a comportare una più o meno diretta e visibile riduzione della protezione accordata ad un altro diritto, principio o valore di rilievo costituzionale) – della più favorevole disciplina risultante dalla Carta e in genere dal diritto dell'Unione anche a quelle fattispecie alle quali tale disciplina, per forza propria, non sarebbe applicabile¹³⁵.

3.5. *Gli effetti delle decisioni*

Si è già accennato a come alle decisioni della Corte di giustizia si sia attribuita, al di là di quanto scritto o non scritto nei Trattati, un'efficacia *erga omnes*.

In effetti, nelle intenzioni dei Padri fondatori del sistema comunitario (così come in quelle dei fondatori del sistema CEDU) le decisioni della Corte di giustizia (così come quelle della Corte europea dei diritti dell'uomo) non avrebbero potuto che avere l'efficacia propria delle decisioni delle Corti internazionali, vale a dire un'efficacia relativa sia di *res giudicata*, valevole quindi soltanto per le parti coinvolte nel processo, sia anche di *res interpretata*, in quanto il portato della decisione non avrebbe dovuto, almeno in teoria, vincolare Stati terzi.

Le cose, come è noto, sono andate diversamente.

Per quanto riguarda la possibile efficacia *erga omnes* (di *res interpretata*) da attribuire alla giurisprudenza europea, occorre peraltro distinguere le decisioni adottate a seguito di una procedura di infrazione, da quelle adottate a seguito di una procedura di rinvio pregiudiziale.

Con riferimento alla prima tipologia, il fatto che con tale procedura la Commissione, attrice nella stragrande maggioranza dei casi, agisca nell'interesse comunitario, fa sì che la decisione adottata dalla Corte di giustizia abbia "geneticamente" una portata che va oltre l'interesse del singolo Stato membro e sia dunque, come è stato osservato, «declaratorie d'une situation juridique déterminée qui vaut erga omnes»¹³⁶.

In relazione invece all'efficacia *erga omnes* delle decisioni adottate a seguito di una procedura di rinvio pregiudiziale, essa costituisce una delle più grandi conquiste della giurisprudenza comunitaria nella storia del processo di integrazione europea, il cui successo maggiore è stato appunto quello di aver persuaso praticamente tutte le Corti costituzionali e supreme degli Stati membri della natura *erga omnes* dei propri precedenti¹³⁷.

¹³⁵ Cfr. ancora R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea* cit., p. 1883, dove si ricorda che nei confronti delle "discriminazioni al rovescio" «la Corte ha già reagito imponendo l'applicazione dello *standard* più elevato di tutela, vale a dire quello comunitario, anche qualora si tratti di applicare la norma interna che in ipotesi preveda una tutela meno intensa. Detta norma, quindi, deve essere dichiarata illegittima costituzionalmente per violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.» (si richiama al riguardo la sent. 30 dicembre 1997, n. 443, in *Riv. dir. internaz.*, 1998, p. 530 ss).

¹³⁶ Così L. PLOUVIER, *Le décisions de la Cour de justice des communautés européenne et leur effets*, Bruylant, Bruxelles, 1975.

¹³⁷ Riguardo alla posizione della Corte costituzionale italiana – che ha riconosciuto nelle sentenze n. 113 del 1985 e 389 del 1989 e, più tardi, confermato nell'ordinanza n. 536 del 1995 l'efficacia *erga omnes*, propria della fonte del diritto, alle pronunce interpretative della Corte di giustizia – v. F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 ss. e G. MARTINICO, *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, in

Un tale risultato è stato il frutto del paziente lavoro della Corte di giustizia che è stata fin da principio assai attenta a fare in modo che, attraverso la coerenza diacronica della propria giurisprudenza (giustificando apertamente, quando necessario, l'allontanamento dal proprio precedente), i giudici nazionali – nei confronti dei quali ha utilizzato, specie all'inizio, un metodo pedagogico ed esplicativo dei propri orientamenti – potessero fin da subito contare sulla prevedibilità di quest'ultimi.

Il che ha permesso, ad un certo punto, ai giudici comunitari di fare un ulteriore passo avanti, ammettendo che i giudici nazionali di ultima istanza obbligati, ai sensi dell'allora art. 177 del Trattato CEE (attuale art. 267 del TFUE), a sollevare un rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, potessero astenersi dal farlo nel caso in cui «la questione fosse materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale»¹³⁸. Il portato di tale decisione è successivamente stato posto alla base della enucleazione, da parte degli stessi giudici comunitari, della c.d. dottrina dell' "atto chiaro" nel caso *Cilfit*¹³⁹.

A conti fatti, quella che sembrava essere una "concessione" ai giudici di grado più elevato degli Stati membri si è rivelata una formidabile trovata per legittimare la portata *erga omnes* dei propri precedenti.

Si aggiunga che, come spesso è capitato nella storia del processo di integrazione, l'innovazione giurisprudenziale è stata in seguito "codificata". Il regolamento di procedura della Corte, a seguito della modifica del 1991, prevede infatti, all'art.104, par. 3, che «qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, o qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza, la Corte, dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata contenente riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente. La Corte può altresì statuire con ordinanza motivata, dopo aver informato il giudice del rinvio, dopo aver sentito le eventuali osservazioni degli interessati di cui all'articolo 23 dello Statuto e dopo aver sentito l'avvocato generale, qualora la soluzione della questione pregiudiziale non dia adito a dubbi ragionevoli»¹⁴⁰.

Un aspetto al quale occorre dedicare qualche cenno è quello relativo all'efficacia temporale delle decisioni con le quali la Corte accerta l'invalidità di un atto¹⁴¹.

Rivista di diritto costituzionale, 2004, p. 249 ss.

¹³⁸ Sent. 27-3-1963, cause riunite 28/62, 29/62 e 30/62, *Da Costa en Schaake*.

¹³⁹ Sent. 6-10-1982, *Cilfit Ministero della Sanità*, c- 283/81.

¹⁴⁰ Sull'importanza del precedente nel diritto comunitario v. A. ARNULL, *The european union and its court of justice*, 2006, Oxford, pp. 622-638 e J.J. BARCELÓ, *Precedent in European Community Law*, in N. MACCORMICK e R.S. SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Dartmouth, 1997, p. 407.

Sugli effetti delle decisioni adottate dalla Corte di giustizia a seguito di un rinvio pregiudiziale si veda per un inquadramento sistematico A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1997, p. 3 ss. che, come rileva F. GHERA, «distingue tra un "vincolo assoluto endoprocessuale" per cui il giudice del processo principale deve decidere la lite conformandosi "alle determinazioni interpretative" contenute nella sentenza della Corte di giustizia ed un "vincolo" extra processuale o erga omnes, per cui il giudice di un successivo caso simile so troverebbe di fronte alla alternativa fra l'applicazione immediata del precedente comunitario e la nuova rimessione pregiudiziale» (F. GHERA, *Pregiudiziale*, cit., p. 1205 nt. 21).

In proposito, l'attuale art. 264 del TFUE (ex art. 231 del TCE) – riferito ai ricorsi per annullamento previsti dall'articolo precedente, ma dalla Corte ritenuto pacificamente applicabile, almeno a partire dagli anni ottanta, anche all'ipotesi di rinvio pregiudiziale di validità¹⁴² – prevede che «se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia ... dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi». Ciò che occorre osservare è che, sebbene il testo della disposizione sembrerebbe limitarsi ad attribuire alla Corte il potere di modulare gli effetti temporali delle proprie sentenze con riguardo al passato, limitandone, per così dire, gli effetti retroattivi, la prassi mostra come la Corte abbia fatto anche uso di poteri di modulazione dell'efficacia delle proprie sentenze con riguardo al futuro, in funzione "dilatatoria", differendo cioè gli effetti caducatori delle medesime a un momento successivo alla loro entrata in vigore¹⁴³.

3.6. La prima prudenza post-Maastricht

Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, gli equilibri interistituzionali all'interno del quadro comunitario che avevano consentito alla Corte di giustizia nel c.d. periodo glorioso della sua giurisprudenza tanta audacia argomentativa subiscono forti scossoni.

L'A.U.E. 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 l'anomalo ruolo di *law maker* che essa aveva assunto in forza della perdurante inerzia legislativa in seno al Consiglio dell'Unione.

In particolare, mentre si codificava il portato della giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei diritti fondamentali¹⁴⁴, era 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 sussidiarietà¹⁴⁵. Se a ciò si aggiunge che lo stesso messaggio proveniva dai giudici costituzionali di alcuni degli Stati membri più influenti che accertavano *ex ante* l'incostituzionalità del Trattato di Maastricht e la necessità di una revisione costituzionale per la sua ratifica¹⁴⁶, o accompagnavano la valutazione

¹⁴¹ In proposito cfr. per tutti G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e d'invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, pp. 319-338.

¹⁴² Cfr. G. PARODI, *Gli effetti temporali*, cit., p. 331.

¹⁴³ Nel caso poi si tratti di decisioni del Tribunale di prima istanza che annullano un regolamento, l'art. 60, secondo comma, dello Statuto della Corte dispone, per intuibili ragioni, che tali decisioni producano effetti soltanto a decorrere dalla scadenza del termine di due mesi previsto – dall'art. 56, primo comma, dello Statuto – per l'impugnazione (oppure, qualora sia stata proposta impugnazione, a decorrere dal rigetto di quest'ultima).

¹⁴⁴ Art. 6 par. 2 TUE, prima citato.

¹⁴⁵ Art. 5 TUE.

¹⁴⁶ Il Consiglio costituzionale francese, con la decisione nn. 92-308 DC, 92-312- DC e 93-313 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

di adeguatezza costituzionale dello stesso a ingombranti riserve¹⁴⁷, non ci possono dubbi sul fatto che il vento favorevole delle origini aveva mutato direzione.

Conseguentemente a tale cambiamento, l'atteggiamento della Corte di giustizia, da sempre attenta al contesto politico istituzionale in cui opera, non poteva non risentirne. La tolleranza "esibita"¹⁴⁸ dagli Stati membri con entusiasmo nei primi anni del processo d'integrazione europea cominciava infatti a vacillare e spettava alla Corte comunitaria trovare un modo per "rialimentare" la fiamma dell'"obbedienza volontaria" che si andava vistosamente (e preoccupantemente) affievolendo.

Negli anni '90 La Corte sceglieva (non che avesse, invero, molte alternative) la strada del *self restraint*. *Grogan*¹⁴⁹ (1991), *Meng*¹⁵⁰ (1993), *Keck*¹⁵¹ (1993), *Kalanke*¹⁵² (1995), il *parere* 2/94 relativo all'eventuale adesione della CE alla CEDU¹⁵³ (1996), *Grant*¹⁵⁴ (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).

dunque di un referendum popolare, il cui esito fu positivo con uno scarto marginale dei favorevoli sui contrari. Un portato assai simile è quello della decisione del Tribunale costituzionale spagnolo n. 1236/92 cui si è evidenziata la necessità di un referendum popolare per revisionare la Costituzione e legittimare conseguentemente il trasferimento all'ordinamento comunitario dei necessari poteri

¹⁴⁷ In particolare v. Tribunale costituzionale tedesco, sent *Maastricht*, 2159/92.

¹⁴⁸ Si fa evidentemente riferimento al concetto di tolleranza costituzionale che Weiler ritiene essere il carattere peculiare dell'ordinamento comunitario ma che sembra possibile esportare senza pericolo di rigetto al sistema CEDU. V. J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism, Europe's wonderweg*, in KALYPSO NICOLAIDIS, ROBERT HOWSE (a cura di), *The federal version: legitimacy and levels of governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 13 ss., ora anche in J.J.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, (trad. it. a cura di F. Martines), Bologna, 2003, p. 531 ss. 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 demos». Essi invece l'accettano (la disciplina costituzionale europea e quindi il principio della superiorità del diritto comunitario) nei settori di competenza della Unione europea, «in forza di un atto volontario autonomo di subordinazione rinnovato all'infinito ad ogni occasione nei confronti di una norma che è la manifestazione di altre volontà politiche. Mentre agli abitanti del Quebec si dice: "in nome del popolo canadese siete obbligati ad ubbidire", al contrario, Francesi, Italiani, Tedeschi (*ed oggi anche ad Ungheresi, Polacchi e Maltesi*), sono (*soltanto*) invitati, in nome dei popoli europei (*in the name of european peoples*), ad obbedire». Se è vero che in entrambi i casi è richiesta un'obbedienza costituzionale, solo nel secondo l'accettazione della disciplina comunitaria, l'obbedienza e la conseguente soggezione da parte degli Stati membri sono volontarie. Di conseguenza solo nel secondo caso, e dunque esclusivamente nel contesto dell'ordinamento comunitario, si è di fronte ad un atto di vera libertà, un'espressione di altissima tolleranza costituzionale (Corsivi in parentesi nostri).

¹⁴⁹ Sent. 4-10-1991, *The Society for the protection of unborn children Ireland c. Stephan Grogan*, causa C-159/90.

¹⁵⁰ Sent. 17-10-1993, *Meng*, causa C-2/91.

¹⁵¹ Sent. 24-11-1993, *Keck e Mithouard*, causa C-267/91 e C-268/91.

¹⁵² Sent. 17-10-1995, *Kalanke*, causa C-450/93.

¹⁵³ *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Parere 28-3-1996, in *Racc.*, I-1759.

¹⁵⁴ Sent. 13-10-1998, *Grant c. South west trains Ltd*, causa C-249/96.

In particolare altrove¹⁵⁵ si è avuto modo di dimostrare, prendendo a modello l'atteggiarsi della giurisprudenza comunitaria in materia di discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale, che la strategia argomentativa utilizzata dalla Corte di giustizia per graduare l'impatto del portato delle proprie pronunce in relazione al grado di accettabilità presente nella maggioranza degli Stati membri è stata quella di servirsi dello strumento del c.d. *majoritarian activism approach*¹⁵⁶. Il che prova ancora una volta la sensibilità dell'organo giurisdizionale europeo ai percorsi evolutivi delle esperienze costituzionali degli Stati membri al fine, da una parte, di recepirle nella propria giurisprudenza sotto la forma di tradizioni costituzionali comuni e, dall'altra, 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 una moto di intolleranza costituzionale interna in reazione ad un'espressione di "arroganza costituzionale" di matrice sovranazionale e, per di più, di fonte giurisprudenziale.

3.7. Tendenze recenti; la reazione della Corte di giustizia ai nuovi problemi posti dall'allargamento ad est dell'Unione

Il nuovo corso della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che si è tentato di fare emergere nelle pagine precedenti, se è sicuramente stato sollecitato dalle nuove problematiche post-allargamento del Consiglio d'Europa, è stato anche favorito dal panorama costituzionale, e prim'ancora dal tessuto sociale, che si presentava nei nuovi Stati membri dell'Europa centro-orientale all'indomani della caduta del "Muro di Berlino".

Con riferimento al tessuto sociale, basti pensare a quanto ha scritto Sadurski a detta del quale «if there is a domain in which concerns over national identity and accompanying notions of sovereignty are obviously weak in Central and Eastern Europe is in the field of protection of individual rights»¹⁵⁷.

L' "obviously" si deve alla scontata considerazione relativa al sostanziale annullamento, o comunque al forte affievolimento, che il godimento di tali diritti ha subito durante l'assoggettamento al regime sovietico, ed alle meno scontate considerazioni relative tanto al ruolo determinate giocato dal Consiglio d'Europa nell'avvio della transizione costituzionale di tali Paesi, quanto al modello che ha rappresentato la Convenzione per la formulazione dei nuovi cataloghi costituzionali post-1989, nonché alla disponibilità che molte Corti costituzionali dell'est hanno

¹⁵⁵ O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005.

¹⁵⁶ Tale "approccio" è stato definito maggioritario perché i giudici comunitari, tra gli *iter* argomentativi alternativi e le soluzioni finali che potenzialmente 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 già essere in qualche modo condivisa dalle esperienze legislative e giurisprudenziali interne agli stessi Stati. Si noti come tale approccio sia assimilabile, dal punto di vista della *ratio* ispiratrice, all'utilizzo del margine di apprezzamento proprio, come si è detto, dell'armamentario argomentativo della Corte europea dei diritti dell'uomo

¹⁵⁷ W. SADURSKY, *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty concerns of the new accession States: the role of the charter of Rights*, in *EUI Working Paper Law 11/03*, www.iue.it/PUB/Law03-10.pdf.

dimostrato alle ragioni della Corte europea dei diritti dell'uomo ancor prima della ratifica della Convenzione da parte dei rispettivi Parlamenti¹⁵⁸. A ciò si aggiunga il riferimento relativo alla particolare apertura al diritto internazionale che caratterizza quasi tutte le Costituzioni dell'est.

Su una stessa situazione favorevole non poteva contare, né sotto il profilo socio-politico, né sotto quello più specificamente costituzionale, la Corte di giustizia all'indomani dell'allargamento del 2004 dell'Unione europea ai Paesi dell'Europa centro-orientale. Ciò in quanto detto allargamento si presentava assai differente rispetto ai precedenti, sia per ragioni interne legate tanto all'elemento identitario, caratteristico del costituzionalismo del 1989, tanto al portato delle Costituzioni dei Paesi dell'Europa centro orientale ad alta vocazione sovranista, in cui assai difficile si presentava la coabitazione tra il primato del diritto comunitario e la valorizzazione della indipendenza e sovranità recentemente ritrovate¹⁵⁹ e della supremazia della Costituzione¹⁶⁰, sia per ragioni legate a peculiarità interne del processo di allargamento ad esr.

A questo proposito può rilevarsi come, in primo luogo, le condizioni per l'adesione sono state fissate quasi unilateralmente dalle istituzioni comunitarie, senza grandi margini di negoziazione da parte dei Paesi candidati¹⁶¹ e senza che fossero previsti dei trattamenti differenziati in base alle peculiarità politico costituzionali dei singoli Paesi candidati. Come è stato sostenuto, infatti, «in the end, the whole European pre-accession strategy was nothing more than a de facto "take-it-or-leave-it package"»¹⁶².

Andando poi nel merito dei criteri alla base della procedura di adesione, anche in questo caso vi troviamo delle peculiarità rispetto a ciò che ha caratterizzato gli allargamenti precedenti dell'Unione europea.

In particolare sono stati aggiunti, in capo ai Paesi candidati dell'Europa centro-orientale, obblighi aggiuntivi rispetto alle condizioni previste dall'art. 49 TUE per chi presenta una candidatura all'adesione all'UE. Si fa in particolare riferimento agli obblighi previsti dai criteri che sono stati fissati al Consiglio di Copenaghen. Ciò ha fatto naturalmente parlare di una *core discrimination* alla base della strategia di adesione¹⁶³ nei confronti dei Paesi dell'Europa centro-orientale. Per poter accedere

¹⁵⁸ Si pensi in particolare al ruolo decisivo che in questa fase è stato giocato dalla Commissione europea per la democrazia attraverso il diritto, meglio conosciuta come "Commissione di Venezia".

¹⁵⁹ Non a caso, nove costituzioni su dieci (eccetto quella slovacca) distinguono tra indipendenza (sovranità esterna) e sovranità interna, distinzione meno comune nelle Costituzioni dei vecchi Stati membri dell'Europa dell'ovest

¹⁶⁰ A titolo esemplificativo si pensi agli artt. 8 della Costituzione polacca; 153, c. 1 della Costituzione slovena; 7 della Costituzione lituana; 77, c. 1 della Costituzione ungherese; 1, c. 5 della Costituzione bulgara. In alcune Costituzioni, come per esempio in quella estone, il carattere supremo della Costituzione si fa ricavare dalla disposizione (art. 123, c. 1) che vieta in modo categorico la conclusione di Trattati in contrasto con la Costituzione.

¹⁶¹ Sulla stessa lunghezza d'onda chi ha di recente osservato come «*the accession process was, objectively and subjectively, a process of submission – one that may well have been in the best interest of the new Member States, but a submission nonetheless*». Così A. SAJÓ, *Constitution without the constitutional moment: A view from the new Member States*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2005, p. 243 ss., 252.

¹⁶² J.H. WEILER, *A Constitution for Europe? Some hard choices*, in G. A. BERMAN, K. PISTOR (a cura di), *Law and Governance in an enlarged Union*, Oxford, 2004, p. 38 ss., 40.

¹⁶³ A. WILLIAMS, *Enlargement of the Union and Human rights conditionality: a policy of distinction?* in *European Law Review*, 2001, p. 601 ss., 616

all'UE, infatti, questi ultimi hanno dovuto accettare, per esempio, di essere sottoposti ad un monitoraggio relativo alla protezione dei diritti umani che non soltanto non era mai stato previsto per gli allargamenti precedenti, ma che non era applicato neanche nei confronti degli Stati membri¹⁶⁴.

In altre parole, gli Stati candidati all'ultimo processo di allargamento hanno dovuto soddisfare, almeno in teoria, degli standard relativi alla protezione dei diritti fondamentali, ai quali i Paesi già membri non era richiesto di uniformarsi. Si pensi, caso più eclatante, al vincolo di tutelare le minoranze, elemento chiave delle condizioni politiche dei criteri di Copenaghen ma che al tempo non era (e non è tuttora) parte integrante dell'*acquis*¹⁶⁵.

A ben vedere si tratta dunque di una situazione per molti versi opposta a quella che ha visto, come si ricorderà, caratterizzare l'applicazione del meccanismo della c.d. *ex post-conditionality* nel contesto dell'allargamento del Consiglio d'Europa ad est. In entrambi i casi vi è stato un'applicazione di un doppio standard in relazione all'accertamento dei livelli di protezione dei diritti umani tra dimensione interna ed esterna, rispettivamente al Consiglio d'Europa ed all'Unione Europea. Ma se nel primo caso, attraverso il meccanismo della *ex post conditionality*, lo *standard* di protezione richiesto ai Paesi dell'Europa centro orientale candidati al Consiglio d'Europa è stato meno stringente rispetto a quanto applicato internamente nei confronti dei Paesi già membri di tale organizzazione, la situazione diametralmente opposta sembra aver caratterizzato l'adesione all'Unione europea dei Paesi provenienti dalla stessa area i quali, come si è detto, si sono visti esigere delle tutele ultronee rispetto a quanto era richiesto ai Paesi già membri dai Trattati UE e CE e che in ogni caso non erano state mai richieste in occasione degli allargamenti precedenti.

Alla luce tanto del quadro brevemente tracciato che caratterizza la fase post-allargamento all'interno della dimensione comunitaria, quanto del portato peculiare in termini di esaltazione della sovranità nazionale proprio delle Costituzioni dell'est, avendo sempre in mente lo scenario differente relativo alle problematiche emergenti all'indomani dell'allargamento ad est del Consiglio d'Europa ed alla conseguente aggressività dell'ultimo tratto di giurisprudenza della Corte europea dei diritti

¹⁶⁴ Si tratta in altre parole di un' applicazione di un doppio standard nel monitoraggio nella protezione dei diritti fondamentale, a secondo che si tratti della dimensione interna od esterna all'UE. A supporto di tali affermazioni si veda A. WILLIAMS, *Enlargement* cit., W. SADURSKY, *Constitutionalization of the EU* cit., M. NOVAK, *Human Rights Conditionality, in Relation to, and Full Participation in the EU*, in P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human rights*, 1999, p. 689 ss., C. HILLION, *On enlargement of the European union: the discrepancy between membership obligations and the accession conditions as regards the protection of minorities*, in *Fordham International Law Journal*, 2004, p. 715 ss., B. DE WITTE, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in M. CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 209 ss.

¹⁶⁵ Non è scontato che, per esempio, la Francia, che non ha un esplicito riconoscimento costituzionale relativo alla tutela delle minoranze e che non ha, peraltro, neanche ancora ratificato la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sulla protezione delle minoranze avrebbe soddisfatto in *toto* i criteri per l'ammissione previsti a Copenhagen. Per un approfondimento sul tema v. W. SADURSKI, *Charter and Enlargement*, in *European Law Journal*, 2002, p. 340 ss; A. WIENER, G. SCHWELLNUS, *Contested norms in the process of EU enlargement: non discrimination and minority rights*, *Constitutionalism Web-Papers*, ConWEB No. 2/2004, p. 6 ss.; B. DE WITTE, *The Impact of Enlargement*, cit., 240; G. DE BURCA, *On Enlargement of the European Union: beyond the Charter: how the enlargement has enlarged the human rights policy of the European Union*, in *Fordham international law journal*, 2004, p. 679 ss., 683.

dell'uomo, il prossimo interrogativo rilevante per la nostra indagine sembra essere quello se – e nel caso di risposta positiva, in quale direzione – la Corte di giustizia abbia sviluppato una nuova strategia argomentativa e finanche una nuova sensibilità che possa meglio adattarsi alle problematiche ad alta tensione interordinamentale emerse a seguito dell'allargamento dell'Unione europea.

D'altronde pare evidente che l'aggiunta di dieci nuovi portati costituzionali – spesso eterogenei e specialmente, come si è visto, a forte vocazione identitaria – rendesse sempre meno “autosufficiente” e credibile il riferimento generico alle “tradizioni costituzionali comuni”, che per anni sono stati “l'asso nella manica” della Corte di Lussemburgo, permettendole quasi sempre di evitare di fare specifico riferimento comparativo ai singoli ordinamenti degli Stati membri.

L'ipotesi che intende prospettarsi a questo riguardo è che il cambio di vento sembra essere stato tempestivamente avvertito dalla Corte di giustizia che, una volta “subodorata” l'ennesima modifica alle regole del gioco relative ai rapporti tra dimensione interna e dimensione comunitaria, riflesso di quel dinamismo evolutivo alla base del processo di integrazione europea, non ha potuto fare altro che “inventarsi” nuove strategie argomentative per alimentare quella “tolleranza costituzionale” che è stata acutamente identificata come la chiave di volta della costruzione comunitaria¹⁶⁶

Se, infatti, a seguito degli scossoni successivi al dopo Maastricht, la Corte di giustizia, al fine di non far venire meno quel miracoloso processo di “obbedienza volontaria” di cui si diceva, aveva prevalentemente fatto leva sulla tecnica del *majoritarian activism approach*¹⁶⁷, i giudici comunitari sembrano aver compreso che se un approccio del genere è stato in grado di convincere, seppur parzialmente, organi giudiziari e politici, per esempio, di Germania ed Italia, quando sono stati “invitati” ad obbedire, nel nome dei popoli europei, alla disciplina comunitaria, lo stesso invito avrebbe avuto un successo assai minore se indirizzato agli stessi organi, per esempio, di Ungheria ed Estonia.

Quello che sembra premere agli interlocutori politici e giudiziari dell'est, sia per le caratteristiche di ordine politico-costituzionale cui si è fatto riferimento che per la pervasività propria del diritto dell'Unione europea è, soltanto apparentemente in via paradossale, essere rassicurati per l'appunto sul fatto che, se anche essi si dovessero trovare, per quanto concerne un valore costituzionale correlato ad una specifica identità da tutelare, in una posizione minoritaria o isolata rispetto alla maggioranza degli Stati europei, tale richiesta di riconoscimento identitario non sarebbe sacrificata dai giudici comunitari, né sull'altare del *majoritarian activism approach*, né tanto meno in nome della supremazia assoluta del diritto comunitario sul diritto nazionale.

Alla luce delle osservazioni che precedono, sembra essere tutto fuorché una coincidenza il fatto che la Corte di giustizia, alcuni mesi dopo l'allargamento europeo del 2004, per la prima volta, apertamente in contrasto con una logica

¹⁶⁶ Non mancano peraltro casi ed orientamenti che invece, a detta della maggioranza della dottrina, inducono a pensare che il percorso imboccato dalla Corte di giustizia sia orientato in una direzione opposta rispetto a quella qui delinata e tendente invece a mettere in atto una forma di «colonialismo giurisprudenziale» (così M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 1 ss., 57).

¹⁶⁷ In base alla quale, come si ricorderà, tra varie alternative potenzialmente percorribili per la risoluzione di un caso, la Corte di giustizia propende per quella che ha la possibilità di incontrare il maggiore consenso nella maggioranza degli Stati membri, perché condivisa all'interno della prevalenza dei sistemi giuridici nazionali.

esclusivamente maggioritaria, affermava come «non è indispensabile che una misura restrittiva emanata dalle autorità di uno Stato membro corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale o dell'interesse legittimo in causa»¹⁶⁸.

Il *background* fattuale della decisione *Omega* è troppo conosciuto e la soluzione adottata dalla Corte troppo commentata¹⁶⁹ per approfondirne il portato in questa sede. Basterà ricordare che il nodo cruciale era quello di decidere, come in effetti poi la Corte ha fatto, se il fine di tutelare il valore costituzionale che assume un significato particolare per un determinato Stato membro, in quel caso la dignità per la Germania, fosse in grado di rappresentare una legittima giustificazione all'esercizio della libera circolazione dei servizi, libertà economica fondamentale della Costituzione economica europea.

Ciò che invece è opportuno qui richiamare, perché sembra essere stato sottovalutato da molti dei commenti dottrinali a riguardo, è che i giudici di Lussemburgo, al fine di poter aver mano libera nell'accordare la protezione al valore costituzionale del singolo Stato membro, hanno dovuto "rimettere mano", facendo ricorso alla tecnica, nota alla giurisprudenza comunitaria, di "manipolazione del precedente"¹⁷⁰, ad una pronuncia¹⁷¹ di metà anni '90 che rifletteva l'allora dominante approccio maggioritario alla base dell'accertamento della possibile giustificazione alle restrizioni delle libertà fondamentali. La Corte si è trovata quindi a dare un (nuovo) significato al suo precedente che non contrastasse con il nuovo corso inaugurato con *Omega*, ed in un tentativo di interpretazione autentica, di fatto manipolatrice, spiegava come il portato del precedente stesso dovesse essere "correttamente" inteso affermando che «se è vero che, al punto 60 della citata sentenza *Schindler*, la Corte ha fatto riferimento alle considerazioni di ordine morale, religioso o culturale che inducono gli Stati membri ad assoggettare l'organizzazione di lotterie e altri giochi d'azzardo a restrizioni, tuttavia essa non intendeva, menzionando tale concezione comune, formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che limita l'esercizio di un'attività economica»¹⁷².

La stessa impostazione, forse espressa ancora più chiaramente, emerge da una decisione ancora più recente, del febbraio scorso¹⁷³, passata stranamente ancora quasi sotto silenzio¹⁷⁴, e che per questo merita un breve cenno al suo *background* fattuale.

L'Avides Medien vende supporti audio e video per corrispondenza tramite il suo sito Internet ed importa dal Regno Unito in Germania cartoni animati giapponesi. Prima di essere importati, tali programmi sono stati oggetto di controllo da parte del British Board of Film Classification (commissione britannica di classificazione dei

¹⁶⁸ Sent. 14-10-2004, *Omega*, causa C-36/02.

¹⁶⁹ V. per tutti, A. ALEMANN, *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts «Schmidberger» et «Omega»*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, p. 1 ss.

¹⁷⁰ Cfr. per l'applicazione di tale tecnica al campo della discriminazione sulla base del sesso O. POLLICINO, *Discriminazione*, cit.

¹⁷¹ La sentenza in questione è del 24-3-1994, *Schindler*, causa C-275/92.

¹⁷² Sent. *Omega*, cit., par. 37.

¹⁷³ Corte giust., 14-2-2008, C-244/06, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH*.

¹⁷⁴ I. ANRÒ, *L'emersione dei livelli nazionali di tutela nell'ordinamento comunitario: un nuovo caso di limitazione di una libertà comunitaria per la tutela di un diritto nazionale*, in corso di pubblicazione.

film). In applicazione delle disposizioni sulla tutela dei minori in vigore nel Regno Unito, tale organismo ha verificato a quale pubblico fossero indirizzati tali supporti video e li ha classificati nella categoria «vietato ai minori di anni quindici».

La Dynamic Medien, concorrente dell'Avides Medien, adiva il Landgericht Koblenz (Tribunale di Koblenz), al fine di inibire a quest'ultima società la vendita per corrispondenza dei supporti video in questione. Secondo la Dynamic Medien, la legge tedesca sulla tutela dei minori vieta la vendita per corrispondenza dei supporti video che non sono stati oggetto di controllo in Germania, in applicazione di tale legge, e che sono sprovvisti dell'indicazione relativa all'età a partire dalla quale ne è consentita la visione, risultante da una decisione di classificazione adottata da un'autorità regionale superiore o da un organismo nazionale di autoregolamentazione. Avendo considerato tanto il giudice di primo quanto di secondo grado che la vendita a corrispondenza era contraria alla normativa tedesca sulla tutela dei minori la Dynamic Medien faceva ricorso al Landgericht Koblenz che, dovendo esaminare la conformità del divieto previsto dalla legge sulla tutela dei minori con l'art.28CE, chiedeva se il principio della libera circolazione delle merci, ai sensi degli artt.28 CE-30CE, ostasse ad una normativa nazionale, come quella oggetto del giudizio, che vieta la vendita e la cessione per corrispondenza di supporti video che non sono stati sottoposti al controllo e alla classificazione.

Il dilemma non è così differente da quello che dovevano sciogliere i giudici di Lussemburgo in *Omega*: l'obiettivo di tutelare i minori, che non figura nel Trattato CE tra le cause di giustificazione alle limitazioni delle libertà fondamentali, ma che costituisce un valore da tutelare in modo "peculiare" da parte di uno Stato membro (seppur questa volta il riferimento normativo non sia immediatamente alla Costituzione tedesca ma ad un testo di legge ordinaria), è in grado di rappresentare un ostacolo legittimo alla libera circolazione delle merci in ambito comunitario? Anche in questo caso la dialettica è quella tra l'avanzamento della costituzione economica europea da una parte e la protezione dei diritti fondamentali degli Stati membri dall'altra. D'altronde, come si accennava in precedenza, se già si trattava di un'impresa difficile per la Corte di giustizia (e per gli Avvocati generali cui tocca in genere l'ingrato compito di operare un'analisi comparata dell'istituto in questione negli ordinamenti dell'UE alla ricerca di una base normativa comune) rintracciare un nucleo di tradizioni costituzionali comuni in un'Europa a 15, dall'*humus* costituzionale affine, diventa un'impresa quasi proibitiva fare la stessa cosa in un'Europa a 27 in cui l'entrata, tra gli altri, di 10 Paesi dell'Europa centro-orientale ha aggiunto elementi di ulteriore eterogeneità costituzionale e differenziazione normativa.

Anche in questo caso la Corte di giustizia non ha dubbi, e richiamando espressamente il precedente *Omega*, ribadisce che «non è necessario che le misure restrittive emanate dalle autorità di uno Stato membro per tutelare i diritti del minore corrispondano ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri rispetto al livello o alle modalità di tale tutela. Poiché tale concezione può variare da uno Stato membro all'altro in funzione, in particolare, di considerazioni di carattere morale o culturale, si deve riconoscere agli Stati membri un margine discrezionale certo».

Ancor più chiaramente che in *Omega* il *self restraint* della Corte emerge abbastanza nitidamente nel caso di specie: il margine discrezionale in capo al singolo Stato è direttamente proporzionale al grado di corrispondenza tra valore da tutelare e l'identità costituzionale dello stesso Stato (anche se, nel caso di specie, a differenza di quanto accadeva in *Omega*, tale identità risulta tutelata da una

normativa di livello formalmente ordinario, anche se di contenuto materialmente costituzionale). Se la corrispondenza è massima, come in questo caso ed in *Omega*, l'obbedienza volontaria da parte degli Stati membri è "ricambiata" con un'espressione di tolleranza costituzionale da parte dell'organo giurisdizionale europeo.

E, esattamente come in *Omega*, l'operazione argomentativa della Corte non ha unicamente l'intento di mostrare il volto nuovo post-allargamento, più rassicurante e dialogante, della giurisprudenza di Lussemburgo in tema di protezione dei diritti fondamentali quale risposta alle richieste di rassicurazione provenienti, come accennato, anche dai Paesi dell'Europa centro-orientale. Il secondo obiettivo, non secondario, di tale strategia argomentativa sembra poter consistere nel voler mettere in chiaro, da parte dei giudici comunitari, che la mancata condivisione di un valore costituzionale all'interno dello spazio giuridico europeo (ove le tradizioni costituzionali rischiano di essere molto meno comuni di un tempo) può essere bilanciata, ed in qualche modo compensata, dal fatto che l'ordinamento comunitario, visto nella sua autonomia e singolarità, sia in grado di apprestare una tutela effettiva a tale valore, che diventa quindi oggetto di protezione diretta da parte dello stesso ordinamento sovranazionale. Conseguentemente, il valore di portata costituzionale appartenente all'identità nazionale di uno Stato membro non soccomberà al cospetto delle libertà fondamentali europee, a parte le considerazioni relative alla deferenza da parte dei giudici comunitari nei confronti dei diritti fondamentali degli Stati membri, perché, in caso contrario, si avrebbe una violazione dello stesso diritto comunitario superprimario, livello al quale la protezione dei diritti fondamentali sicuramente appartiene.

Il messaggio proveniente da Lussemburgo sembra non lasciare adito a fraintendimenti: un ordinamento sovranazionale costituzionalmente maturo, anche per quanto riguarda la protezione dei diritti fondamentali, non ha sempre bisogno della "stampella" delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ma è in grado di trovare in sé la base giustificativa della protezione da accordare ai diritti fondamentali, la cui tutela diviene, a tutti gli effetti e nel silenzio del Trattato istitutivo, autonoma causa giustificativa di eventuali violazioni da parte degli Stati membri delle libertà economiche fondamentali.

È evidente che in tale contesto acquista un ruolo decisivo la Carta europea dei diritti fondamentali. Se in *Omega* il suo riferimento è stato importante perché è servito a fare emergere, insieme ad altri elementi e a dire il vero più nelle conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl che nel *reasoning* della Corte, la dimensione comunitaria del diritto alla dignità, in *Dynamic Medien* è stato decisivo perché la Carta di Nizza ha fornito l'esclusiva base giuridica di ordine superprimario di cui la Corte si è servita per dimostrare la protezione che l'ordinamento comunitario accorda alla tutela dei minori¹⁷⁵.

E questo è soltanto "un primo assaggio" di quanto potrebbe accadere se la Corte di giustizia dovesse prendere effettivamente sul serio il portato innovativo del Trattato di Lisbona entrato in vigore, finalmente, il 1 dicembre 2009.

Almeno due sono i risvolti che sono rilevanti per il nostro tema. Il primo è di evidenza immediata. Trovandosi finalmente la Corte di giustizia un parametro normativo superprimario in tema di diritti fondamentali (al momento assente nel Trattato) di equivalente forza para-costituzionale rispetto a quello (presente fin dal 1957) relativo alla tutela delle libertà economiche fondamentali, i primi non saranno più costretti ad essere bilanciati con le seconde, così come inevitabilmente è

¹⁷⁵ Sent. *Dynamic Medien*, par. 41.

successo nel caso di *Omega e Dynamic Medien*, soltanto nella fase dell'eventuale giustificazione alla già accertata restrizione della libertà fondamentale, ma il suddetto bilanciamento potrà finalmente avvenire ad uno stadio anteriore, in cui l'eventuale restrizione alle libertà fondamentali non sarà presa in considerazione, in quanto è ad essa prioritaria la protezione del diritto fondamentale in questione.

Il secondo risvolto ha a che fare con la codificazione, già presente nel naufragato Trattato costituzionale e ripresa dal Trattato di Lisbona, della nuova attitudine post-allargamento della giurisprudenza comunitaria che si è poc'anzi esaminata, consistente in un'auto-limitazione del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno, almeno quando sono in gioco (ed in pericolo) i valori alla base dell'identità costituzionale e culturale di uno o più Stati membri.

Meno enigmaticamente, la nuova attitudine della Corte di giustizia che, al fine di evitare future posizioni alla *Solange* (anche) da parte delle Corti costituzionali dell'est, ne previene l'intervento attraverso una "interiorizzazione" e quindi una "comunitarizzazione" dei controlimiti, sarebbe, se il Trattato di Lisbona dovesse entrare in vigore, in qualche modo codificata dal nuovo art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea, che prevede espressamente, tra l'altro, che «l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali»¹⁷⁶, in combinato disposto con l'art. 67, c. 1 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a norma del quale: «l'Unione realizza uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri».

In altre parole, prendendo a prestito le parole che Matias Kumm utilizzava, in un altro contesto, per esprimere la sua visione su quelle che, a suo dire, dovrebbero essere le dinamiche di (auto) regolazione ideale dei possibili conflitti tra la dimensione interna e quella comunitaria, specialmente di matrice giurisprudenziale, si potrebbe dire che il nuovo scenario post-allargamento che sembra profilarsi, anche alla luce delle disposizioni del Trattato di Lisbona appena esaminate, potrebbe essere il seguente: «when EU law conflicts with clear and specific national constitutional norms that reflect a national commitment to a constitutional essential, concerns related to democratic legitimacy override considerations relating to the uniform and effective enforcement of EU law»¹⁷⁷.

Se tale scenario fosse confermato dalla prassi giurisprudenziale e dalla normativa futura, si potrebbe realizzare in tal modo, grazie al nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte di giustizia di "interiorizzazione" dei controlimiti, supportato dal parametro normativo del "nuovo" art. 4.2 del Trattato sull'Unione europea, il meccanismo giudiziale più appropriato per prevenire il più tipico (e pericoloso) della tipologia di conflitti emergenti tra il livello europeo e quello costituzionale, vale a dire la tensione inconciliabile e giocoforza antagonista tra la vocazione del primo alla prevalenza assoluta ed incondizionata sul diritto interno e l'egualmente monolitica attitudine delle Corti costituzionali dei Paesi membri a

¹⁷⁶ È vero che già l'art. 6, c.3 del Trattato di Maastricht prevedeva che «l'Unione rispetta l'identità costituzionale dei Stati membri», ma si tratta di un principio relegato al di fuori del pilastro comunitario, ove la regola del primato trova, com'è noto, la sua più piena applicazione.

¹⁷⁷ M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, p. 262 ss., 298. In altre parole «guarantee of the constitutional identities of Member States in the constitutional Treaty should be interpreted by the ECJ to authorise national Courts to set aside EU law on certain limited grounds that derive from the national constitutions».

fondare, peraltro ragionevolmente, soltanto “nelle proprie Costituzioni” le modalità ed i limiti di detta prevalenza.

Per concretizzare quanto affermato a livello teorico, basti pensare ad una normativa comunitaria che si dovesse scontrare, nella vigenza del nuovo art. 4. par. 2 del Trattato sull’Unione europea, con un valore costituzionale che si fa portatore della identità nazionale di uno o più Stati membri coinvolti: la suddetta normativa si scontrerebbe simultaneamente tanto, ovviamente, con il portato delle Costituzioni di detti Stati membri, quanto, meno ovviamente, con quello della previsione superprimaria di diritto dell’Unione europea appena richiamata. In questo caso, l’impiego eventuale dell’arma dei controlimiti da parte delle Corti costituzionali dei Paesi membri sarebbe scongiurato ed in qualche modo prevenuto, a livello europeo, dal possibile annullamento della normativa di diritto derivato da parte della Corte di giustizia ai sensi dell’art. 263 TFUE, o dall’accertamento della sua invalidità ai sensi dell’art. 267 TFUE, ed, a livello nazionale, dall’azionamento dell’obbligo dei giudici comuni, nel loro mandato di giudici comunitari decentrati, di non applicare una normativa europea di diritto derivato in contrasto con il portato di un principio fondamentale previsto dal TUE (dovendosi rivolgere per l’appunto, in tale evenienza, alla Corte di giustizia ex art 267 TFUE)¹⁷⁸.

4. GLI SCENARI FUTURI: IN PARTICOLARE, LA PROSPETTIVA DELL’ADESIONE DELL’UNIONE ALLA CEDU

Una questione che coinvolge entrambe le Corti e sulla quale occorre soffermare l’attenzione prima di svolgere qualche riflessione conclusiva è quella relativa alla prospettiva di adesione alla CEDU da parte dell’Unione.

Il comma 2 dell’art. 6 del TUE, come riformulato ad opera del Trattato di Lisbona, recita: «L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali», aggiungendo che «[t]ale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati»¹⁷⁹. Come in molti altri casi, il Trattato di riforma ripropone esattamente quanto già disponeva il Trattato costituzionale¹⁸⁰, creando quella base giuridica all’adesione in assenza della quale, come è noto, l’adesione stessa era stata considerata dalla Corte di giustizia incompatibile con i Trattati vigenti¹⁸¹. Si tratta dunque, chiaramente, di una previsione della massima importanza. Come evidenziato proprio dalla Corte di giustizia in quell’occasione, infatti, tale adesione «determinerebbe una modificazione sostanziale dell’attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell’uomo in quanto comporterebbe l’inserimento della Comunità in un sistema

¹⁷⁸ Tra i primi costituzionalisti italiani a vedere tale trasfigurazione del conflitto interordinamentale in un conflitto normativo tutto interno al diritto comunitario, anche se poi perviene ad esiti finali differenti dai nostri, è stato Antonio Ruggieri. Vedi una recente sintesi del suo pensiero in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione Europea*, Torino, 2006, p. 293 ss.

¹⁷⁹ Per un denso commento alla previsione in questione cfr. senz’altro V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in www.europeanrights.eu.

¹⁸⁰ Peraltro – e si tratta di una circostanza assolutamente fondamentale da un punto di vista pratico – il Trattato di Lisbona si differenzia dal Trattato costituzionale perché prevede che la decisione necessaria per l’effettiva adesione sia presa all’unanimità...

¹⁸¹ Si allude al parere 2/94 del 28-3-1996.

istituzionale internazionale distinto». La natura di tale modificazione è efficacemente riassunta – in termini sostanzialmente condivisibili, illustrandosi con lucidità il risultato complessivo al quale si perverebbe con l’adesione – nella relazione conclusiva del gruppo di lavoro che nella Convenzione Giscard si è occupato del tema¹⁸².

In tale relazione, da una parte, si osservava che «l’adesione alla CEDU garantirebbe ai cittadini a livello dell’Unione un grado di protezione analogo a quello di cui beneficiano già nei singoli Stati membri»; si affermava che essa «costituirebbe lo strumento ideale per assicurare uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee competenti in materia di diritti umani, [anche] nell’ottica di un’eventuale incorporazione [o richiamo, può ora aggiungersi] della Carta nei trattati»; e si adombrava la possibilità di superare in tal modo «i problemi posti dalla mancata partecipazione dell’Unione alla giurisdizione di Strasburgo, per cui l’Unione non ha la possibilità, laddove la Corte di Strasburgo sia chiamata a pronunciarsi indirettamente sul diritto comunitario [secondo quanto è accaduto in passato e può accadere in futuro¹⁸³], di difendersi dinanzi alla Corte o di disporre di un giudice presso la Corte che sia esperto in materia di diritto dell’Unione».

¹⁸² Documento CONV 354/02. Alle conclusioni ivi formulate sembra sostanzialmente allinearsi, in dottrina, S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, cit., p. 70 ss. (specialmente, ma non solo, p. 73), il quale, rispetto ad esse, aggiunge peraltro alcune ulteriori notazioni, ad esempio suggerendo l’ipotesi che il giudice da nominarsi per conto dell’Unione presso la Corte di Strasburgo possa essere un *ex* membro della Corte di giustizia, oppure evidenziando i problemi, definiti comunque «non insuperabili», che «vi potranno essere in relazione a difficoltà di applicazione nella UE di qualche disposizione della CEDU», come quella dell’articolo 14 – specie dopo l’entrata in vigore del protocollo n. 12 – o quella dell’articolo 3 del protocollo addizionale n. 1.

¹⁸³ Si allude qui al complesso e delicato problema della sorte di quegli atti – ritenuti in contrasto con gli obblighi gravanti sugli Stati in virtù dell’adesione alla CEDU e per tale motivo sottoposti al vaglio della Corte di Strasburgo – che siano stati però adottati dalle istituzioni comunitarie o comunque risultino sostanzialmente riconducibili all’ordinamento comunitario (ad esempio perché adottati nell’attuazione di direttive senza possibilità di soluzioni alternative). In effetti, in alcune decisioni della Corte europea era sembrata emergere l’idea della responsabilità collettiva degli Stati – i quali, secondo quanto è stato affermato, non potrebbero liberarsi dei propri obblighi convenzionali, se non altro di vigilanza, trasferendo competenze alla Comunità o all’Unione – per atti riconducibili alle istituzioni comunitarie. In ogni caso, al riguardo, occorre oggi rifarsi a quello che sembra il punto di approdo della giurisprudenza di Strasburgo, la sentenza *Bosphorus* del 30 giugno 2005, n. 45036/98. In tale sentenza, la Corte ha affermato di non poter entrare nel merito di questioni che coinvolgano atti della Comunità europea, *a meno che* sia *in concreto* riscontrabile una insufficienza *manifesta* del sistema comunitario di protezione dei diritti, che (solo) *presuntivamente* (e astrattamente) è considerato “equivalente” a quello della CEDU. Più precisamente, secondo quanto precisato dal giudice di Strasburgo, la “equivalenza” della protezione offerta dai due sistemi è presunta in virtù della «comparabilità», se non «identità», riscontrabile normalmente fra i livelli di tutela offerti dal sistema comunitario e da quello CEDU; ma la Corte dei diritti resta comunque (a maggiore o minore “distanza”) garante dell’effettivo rispetto della tutela imposta dalla CEDU, e *quindi dell’effettiva equivalenza* ad essa, *in concreto*, della tutela comunitaria, laddove quella presunzione si assuma di fatto, e peraltro “manifestamente”, smentita (nel caso *Bosphorus*, in particolare, la “manifesta insufficienza” della protezione comunitaria è stata, secondo alcuni forse un po’ troppo frettolosamente, esclusa dalla Corte). Un siffatto modo di impostare il problema dei rapporti del sistema CEDU con il sistema comunitario sembra quasi permettere di ragionare, in un certo senso, di *autolimitazioni* e di “*controlimiti*” del primo nei confronti del secondo.

Dall'altra, poi, efficacemente fugando talune (anche legittime) preoccupazioni – circa i rischi che l'adesione comporterebbe con riguardo al «principio dell'autonomia del diritto comunitario (o dell'Unione), ivi compresi lo status e i poteri della Corte di giustizia europea» – e per così dire “sdrammatizzando” gli aspetti più delicati della questione, si considerava che, come emerso «[d]alle discussioni del Gruppo e dalle audizioni degli esperti»¹⁸⁴, «[d]opo l'adesione, la Corte di giustizia continuerebbe ad essere l'unico arbitro supremo delle questioni relative al diritto dell'Unione e della *validità* degli atti dell'Unione stessa; la Corte europea dei diritti dell'uomo non potrebbe pertanto essere qualificata un tribunale superiore, ma piuttosto un tribunale specializzato che esercita un controllo esterno sugli obblighi di diritto internazionale dell'Unione derivanti dalla sua adesione alla CEDU. *Lo status della Corte di giustizia sarebbe analogo a quello attuale delle corti costituzionali o delle giurisdizioni supreme nazionali rispetto alla Corte di Strasburgo*»¹⁸⁵.

Infine, poiché già allora si prevedeva che l'adesione non avrebbe modificato le competenze dell'Unione, la relazione puntualizzava che «[d]i conseguenza, gli obblighi “positivi” di agire in conformità della CEDU spetterebbero all'Unione soltanto nella misura in cui le competenze dell'Unione che consentono tale azione sono contemplate dal trattato» (precisazione questa, ci pare, che ha soprattutto il pregio di ricordare che esistono “obblighi positivi” derivanti dalla CEDU e di rendere chiaro che tali obblighi, laddove ciò sia “consentito” dal riparto costituzionale di competenze con gli Stati, devono essere rispettati anche dall'Unione)¹⁸⁶.

Vi è poi da ricordare, a questo proposito, la «Dichiarazione relativa all'articolo 6, paragrafo 2, del trattato sull'Unione europea», nella quale si afferma che «[l]a

¹⁸⁴ In particolare si richiamavano i pareri dei giudici Skouris (WD 19) e Fischbach (CONV 295/02), nonché dei sigg. Schoo, Piris e Petite (WD 13).

¹⁸⁵ Corsivi aggiunti, a sottolineare gli aspetti forse più significativi ai nostri fini.

Non meno interessanti, peraltro, le successive e più generali osservazioni svolte nella Relazione: in particolare, «[i]l Gruppo ha rilevato che l'incorporazione della Carta nei trattati e l'adesione dell'Unione alla CEDU non devono essere considerate come *alternative*, bensì come misure complementari assicuranti il pieno rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione: così come l'esistenza della Carta non attenua in alcun modo i vantaggi derivanti dall'estensione del controllo esercitato dalla Corte di Strasburgo all'azione dell'Unione, l'adesione alla CEDU non sminuisce l'importanza che l'Unione si doti di un suo catalogo di diritti fondamentali. *Entrambe le misure condurrebbero ad una situazione analoga a quella degli Stati membri che prevedono nella loro Costituzione la tutela dei diritti fondamentali ma, al tempo stesso, si sottopongono al controllo supplementare esterno dei diritti umani previsto dal sistema di Strasburgo*» (corsivi finali aggiunti).

¹⁸⁶ Non mancano, invero, ulteriori passaggi e spunti di rilievo nella relazione, ai quali sarà qui sufficiente fare un rapido cenno. Merita di essere ricordata, ad esempio, l'ipotesi – illustrata, in sede di Gruppo, dal giudice Fischbach (cfr. nota di sintesi CONV 295/02, p. 5) e spiegata in dettaglio nello studio del Consiglio d'Europa, WD 8, punti 57-62 – di introdurre, al momento dell'adesione, «un meccanismo che consenta all'Unione e ad uno Stato membro di presentarsi dinanzi alla Corte di Strasburgo in qualità di “seconda parte convenuta”», così da «assicurare che la Corte non si pronunci sulla ripartizione delle competenze fra l'Unione e gli Stati membri». Similmente, può segnalarsi il passaggio in cui – dopo aver fatto riferimento alla circostanza che «presso la Corte di Strasburgo sarebbe nominato per (“à titre de”) l'Unione un giudice esperto in materia di diritto UE» – si ipotizza che, «inoltre, un rappresentante dell'Unione parteciperebbe al compito specifico del Comitato dei Ministri che consiste nel vigilare sull'esecuzione delle sentenze ai sensi dell'articolo 46 della CEDU (importante soprattutto per assicurare che il Comitato sia adeguatamente informato su questioni inerenti al diritto dell'Unione, come il sistema delle competenze)».

conferenza conviene che l'adesione dell'Unione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione. A tale riguardo, la conferenza prende atto dell'esistenza di un dialogo regolare fra la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo; tale dialogo potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione»¹⁸⁷.

Anche tal proposito, ma allargando il discorso, sembra opportuno dedicare un cenno all'idea, che periodicamente riemerge, di introdurre qualche forma di rinvio pregiudiziale alla Corte europea dei diritti dell'uomo, da parte di organi giurisdizionali nazionali e/o da parte della Corte di giustizia.

Si tratterebbe di una sorta (per usare le parole di Mario Chiavario) di "pregiudiziale umanitaria" innanzi al giudice di Strasburgo a fini interpretativi della CEDU (e, per certi versi, della sua precedente giurisprudenza): uno strumento, può osservarsi, che tanto più sembrerebbe avere senso quanto più si dovesse fare strada negli ordinamenti interni – alla stregua di quanto avvenuto in Italia (v. soprattutto le note sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007) – un vincolo di adeguamento alla giurisprudenza della Corte europea, con conseguente esigenza di chiarire, al di là delle apparenze, quali siano le effettive acquisizioni di merito e l'effettiva "portata" vincolante di tale giurisprudenza, la cui "coerenza" ed "unitarietà" appare almeno in prima battuta ostacolata, oltre che dalla struttura e dal funzionamento interno della Corte da una parte e dalla grande diversità dei contesti nazionali sullo sfondo delle decisioni dall'altra (specie in relazione alla dottrina del margine di apprezzamento), dalla stessa varietà dei casi e, per così dire, dei "punti di vista" di volta in volta adottati per contingenti ragioni processuali.

L'idea di introdurre in ambito CEDU (non un vero e proprio rinvio pregiudiziale sul modello comunitario, ma comunque) «a system under which the national courts could apply to the Court for advisory opinions on legal questions relating to interpretation of the Convention and the protocols thereto» è stata ufficialmente avanzata nel «Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers» presentato il 15 novembre 2006¹⁸⁸.

Ivi, nei punti 76 ss., la proposta è precisata prevedendo in particolare che «[r]equests for an opinion would always be optional for the national courts and the opinions given by the Court would not be binding» (p.to 82), e che: «a) only constitutional courts or courts of last instance should be able to submit a request for an opinion; b) the opinions requested should only concern questions of principle or of general interest relating to the interpretation of the Convention or the protocols thereto; c) the Court should have discretion to refuse to answer a request for an opinion. For example, the Court might consider that it should not give an answer in view of the state of its case-law or because the subject-matter of the request overlaps with that of a pending case. It would not have to give reasons for its refusal» (p.to 86).

5. CONCLUSIONI GENERALI

¹⁸⁷ Circa il "dialogo" tra la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo cfr., tra i molti, V. ZAGREBLESKY, *La prevista adesione*, cit.

¹⁸⁸ E reperibile sul sito *wcd.coe.int*.

Alla luce dell'analisi condotta, può notarsi come il nucleo duro dell'operato delle Corti europee si caratterizzi per costituire un ibrido tra quanto è caratteristico della giurisprudenza costituzionale e quanto invece è tipico della giurisprudenza internazionale (o, per altri versi ancora, delle Corti supreme federali). In particolare, a volere identificare il DNA condiviso oggi dalle due Corti, entrambe sembrano caratterizzate da un'essenza sovranazionale¹⁸⁹.

A questo proposito, nella letteratura, sia politologica¹⁹⁰ che giuridica, che si è occupata della questione definitoria relativa alla nozione di sovranazionalità, nonostante le differenti opinioni su cosa debba intendersi per sistema legale di natura sovranazionale, sembra esserci un accordo nel ritenere che tale carattere possa essere attribuito a quell'organizzazione che, seppur di genesi internazionalistica, ha raggiunto nel corso del tempo un livello di integrazione che, senza arrivare alle caratteristiche, in termini di democraticità e di coesione politica, tipiche dell'integrazione di livello costituzionale, consente al diritto di detta organizzazione di andare oltre l'efficacia interordinamentale ammessa in diritto internazionale.

In particolare, detto operato sembra caratterizzarsi per un'efficacia interordinamentale che può essere definita – in ragione della sua capacità di penetrazione e di influenza a tutto campo – “paracostituzionale”; ma che, allo stesso tempo, può solo contare, per risultare effettivamente e pienamente vincolante, su una “obbedienza volontaria” da parte degli Stati membri (in particolare dei rispettivi giudici), così come avviene per il diritto internazionale.

In effetti, emerge da parte delle due Corti europee la tendenza (che spesso va oltre anche quanto sarebbe teoricamente consentito dal parametro normativo rilevante) ad attribuire alla propria giurisprudenza una capacità di penetrazione e di influenza assai più elevata di quella caratteristica delle Corti internazionali; e che, per molti versi, è assimilabile a quella propria delle Corti costituzionali. Il che consente, come è stato sostenuto, una «“disaggregation” of governments into their component parts or branches»¹⁹¹, «by piercing the veil of the state process»¹⁹².

Ora, se è più evidente che tale proprietà sia posseduta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che, dotando il diritto comunitario – dal 1 dicembre 2009, diritto dell'Unione europea –, tra le altre cose, delle armi del primato e dell'effetto diretto, ha avuto modo di spiegare un effetto intrusivo assai elevato all'interno degli

¹⁸⁹ Tra i vari riscontri all'emersione di un processo di condivisione, da parte dei due sistemi, di una condizione di fatto di sovranazionalità, si possono ricordare le riflessioni di Mareille Delmas-Marty, in particolare laddove l'autorevole giurista d'oltralpe, già nel 1994, dopo aver evidenziato le divergenze strutturali e funzionali tra detti sistemi, nota come tale divergenze «tend to blur as the jurisprudence affirms the interpretations of the Commission and the European Court of Human Rights. These are creative and evolutionary interpretations by which the often vague text of the Convention is progressively completed and enriched, such that we arrive at a set of rules that seems more and more to be that of an as yet unnamed supranational order (the European order of human rights?)...». M. DELMAS-MARTY, *Towards, Toward a truly common Law, Europe as a laboratory for legal pluralism*, Cambridge, 2002, p. 64 ss.

¹⁹⁰ F. L. GRIEVES, *Supranationalism and International Adjudication*, Urbana, 1969; K. VON LINDEINER-WILDAU, *La supranationalité en tant que principe du droit*, Leyde, 1970; P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations*, Urbana, 1966; R. HELFER, A.M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, cit.; M.L. VOLCANSEK, *Supranational Courts in a political context*, in Id., (a cura di) *Law Above nations, Supranational Courts in a Political Context*, Florida, 1997, p. 3 ss.

¹⁹¹ Così R. HELFER e A.M. SLAUGHTER, *Toward*, cit., 288.

¹⁹² W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg* cit..

ordinamenti degli Stati membri, detta caratteristica non può a ben vedere dirsi mancante nella giurisprudenza, specie recente, della Corte europea dei diritti dell'uomo (che di fatto si muove sempre più lungo una linea di sostanziale primato, seppur attenuato, del diritto CEDU sul diritto interno)¹⁹³.

Si è infatti visto come tale giurisprudenza non soltanto sembri superare il limite dell'efficacia solo dichiarativa e solo *inter partes* delle decisioni, ma risulti in grado di penetrare la superficie apparentemente unitaria dei poteri statali attivando quella disaggregazione tra gli organi costituzionali degli Stati membri cui si è fatto riferimento.

La tendenza ad una portata generale e l'impatto delle "decisioni pilota" rappresentano uno degli elementi principali che segnerebbero il graduale passaggio dei meccanismi convenzionali da un sistema di *individual justice* ad uno di *constitutional justice*.

Senza ripercorrere le coordinate di un dibattito sempre più serrato sul punto, possono farsi due rilievi.

In primo luogo deve ribadirsi che vi sono una serie di indicatori ulteriori che concorrono ad indicare che il movimento di approfondimento dell'intrusività interordinamentale del portato giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo è accompagnato da un contestuale superamento della missione originaria prelevante del sistema CEDU, cioè quella di concedere una riparazione, e quando possibile una ricostituzione di una situazione anteriore alla violazione, nei confronti dell'individuo che si era visto negare per un comportamento attivo o omissivo riconducibile al proprio Stato (membro evidentemente della CEDU) la tutela "minima" accordata ad un diritto della Convenzione.

Un tale superamento è tra le altre cose imposto dall'impossibilità, visto il moltiplicarsi del contenzioso a Strasburgo e la già presente altissima percentuale di inammissibilità dei ricorsi, di assicurare una tutela effettiva ad ogni violazione convenzionale.

In secondo luogo si deve rilevare che, nonostante sia in riferimento alla giurisprudenza della Corte europea che, a maggior ragione, come già accennato, a quella della Corte di giustizia, non si possa discutere su una loro propensione crescente ad avere, almeno in potenza, ripercussioni di carattere generale, ben oltre il singolo caso, che causando delle evidenti ricadute sulla perdita crescente di sovranità da parte degli Stati membri, possono essere considerate di natura paracostituzionale, non può essere da ciò dedotto che le due Corti europee abbiano una natura pienamente costituzionale.

¹⁹³ In particolare, nel 2007, in una decisione assai significativa (Corte europea dei diritti dell'uomo, *Dumitru Popescu c. Romania*, 26-4-2007 (49234/99 e 71525/01) passata, stranamente, quasi inosservata (ma vedi il puntuale commento di P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti europee dei diritti fondamentali, Europa e America a confronto*, in *Quad. Cost.*, 2009, p. 323 ss.), i giudici di Strasburgo enucleano, a quanto ci risulta per la prima volta, una clausola generale del primato del diritto convenzionale sul diritto interno che non può non riportarci alla mente *Costa v. Enel*, specialmente laddove testualmente i giudici di Strasburgo affermano che «la Cour estime qu'un système basé sur la primauté de la Convention et de la jurisprudence y relative sur les droits nationaux est à même d'assurer au mieux le bon fonctionnement du mécanisme de sauvegarde mis en place par la Convention et ses protocoles additionnels». Peraltro aggiungendo anche che la circostanza che la Convenzione sia stata incorporata nell'ordinamento nazionale di tutti gli Stati contraenti «implique l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet de ses normes en les faisant au besoin passer avant toute disposition contraire qui se trouve dans la législation nationale, sans devoir attendre son abrogation par le législateur».

Se, infatti, riguardo all'effetto del portato interordinamentale, specialmente di natura giurisprudenziale, del diritto dell'Unione europea e del diritto CEDU, esso può essere considerato, almeno in potenza, di natura paracostituzionale, sotto il profilo del fondamento che viene attribuito a tale effetto, le cose, come si è visto dall'indagine condotta, stanno ben diversamente.

Tanto è vero che la seconda caratteristica cui prima si faceva riferimento, e che caratterizza il DNA del portato giurisprudenziale delle due Corti europee, consiste nell'impossibilità, al fine di rendere effettivo il potenziale di penetrazione interordinamentale di cui si è detto, di poter contare su un vincolo costituzionalmente sanzionabile all'obbedienza in capo agli interlocutori politici e giudiziari degli Stati membri. Le due Corti invece possono far leva soltanto su un'obbedienza volontaria da parte di tali interlocutori, conseguenza di quella «tolleranza costituzionale»¹⁹⁴ che sembra essere un elemento costitutivo non soltanto della dimensione comunitaria ma anche di quella CEDU.

L'effetto dell'impatto interordinamentale della giurisprudenza delle due Corti europee può quindi anche essere, almeno potenzialmente, di natura paracostituzionale, ma il vincolo all'obbedienza è soltanto di natura internazionale, ragion per cui detta tolleranza va alimentata attraverso una continua attenzione all'impatto interordinamentale delle proprie decisioni.

La misura della effettività sul piano interno degli orientamenti della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo passa infatti per la capacità persuasiva degli apparati argomentativi delle decisioni delle due Corti.

A tale riguardo, ciò che scriveva molti anni fa Mauro Cappelletti¹⁹⁵ a proposito della situazione peculiare della Corte di giustizia, vale a dire che essa, a differenza delle Corti suprema statunitense e delle Corti costituzionali europee, non può contare su un obbligo di obbedienza costituzionalmente garantito alle proprie pronunce, ci sembra possa valere, *mutatis mutandis*, per la Corte europea dei diritti dell'uomo. Che, al pari della sua omologa a Lussemburgo, «has almost no powers that are not ultimately from its own prestige, intellectual and moral force of its opinions»¹⁹⁶.

In altre parole la cifra dell'effettività del portato interordinamentale in un Tribunale sovranazionale si caratterizza, a differenza di quanto è caratteristico di un Tribunale costituzionale¹⁹⁷, per la sua abilità «to compel compliance with its judgments by

¹⁹⁴ Com'è noto il primo a parlare di tolleranza costituzionale, soltanto però in riferimento alla dimensione comunitaria, è stato J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism, Europe's wonderweg*, cit.

¹⁹⁵ Cfr. M. CAPPELLETTI, D. GOLAY, *Judicial Branch in the Federal and Transnational Union*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration through law*, Vol. 1, Berlino-New York, 1986, p. 327 ss..

¹⁹⁶ *Ibidem*. D'altronde con riferimento specifico alla posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo è stato recentemente notato che «It should not be forgotten that the ECtHR has only a few instruments with which to assure that its case law is respected and followed by national courts. In this sense, the position of the ECtHR remains clearly different from that of national supreme/constitutional courts, which usually are adequately equipped to impose their judgments on the lower courts»: così L. GARLICKI, *Cooperation of Courts, The Role of Supranational Jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, p. 509 ss., 533.

¹⁹⁷ Ed è invece molto più vicino alle caratteristiche di un Tribunale internazionale. Come si è detto, infatti, tribunali sovranazionali quali le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, mentre dal punto di vista dell'efficacia domestica, almeno potenziale, del proprio portato giurisprudenziale sono equiparabili alle Corti costituzionali, per quanto riguarda invece il fondamento alla base della

convincing domestic government institutions, directly and through pressure from private litigants, to use their power on its behalf»¹⁹⁸.

A sua volta, l'obbedienza volontaria e la conseguente tolleranza costituzionale da parte degli Stati membri dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa a quanto richiesto loro, rispettivamente, dal diritto dell'Unione europea e dal diritto CEDU, è favorita dalla percezione che organi politici e giurisdizionali di tali Stati hanno riguardo alla capacità delle due Corti europee di saper, da una parte, intercettare istanze e esigenze di innovazione già presenti a livello domestico e dall'altra di mostrare il necessario rispetto delle identità costituzionali locali degli Stati membri.

In questo senso, bisognerebbe essere assai prudenti ad aggiungere al dibattito intorno ai conflitti interordinamentali in Europa ulteriori dosi di "discorso costituzionale", come fa chi tenta di dimostrare la natura pienamente costituzionale della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo e, in connessione a ciò, il carattere costituzionale dei rispettivi ordinamenti. Precauzione dettata non tanto da questioni terminologiche di ordine formale, per cui sarebbe avventato avvolgere del manto di costituzionalità lo spazio giuridico europeo il cui DNA sarebbe marcato invece dall'impronta originaria del diritto internazionale, ma piuttosto imposte da considerazioni di carattere sostanziale che si è avuto modo di sottolineare appena sopra e che hanno a che fare con la prospettiva di riflessione qui privilegiata.

A quanto già sostenuto si aggiunga inoltre che una delle controindicazioni principali dell'"iniettare" continue "dosi" di costituzionalizzazione al dibattito in corso in tema di interazione tra giudici e sistemi giuridici in Europa sembra risiedere nel rischio di adottare, così facendo, l'angolo di visuale tutt'ora prevalente nella dottrina costituzionalistica europea, vale a dire quello in cui il campo di gioco prescelto per la risoluzione dei conflitti è quello della teoria delle fonti in cui competenza delle competenze, gerarchia e *grundnorm* sono le parole chiave.

La scommessa del pluralismo sovranazionale all'interno dello spazio giuridico europeo sta invece proprio nel rinunciare (o almeno nel non limitarsi) a tali impostazioni, ed alla rigidità che inevitabilmente esse si portano dietro.

"compliance" che riescono ad ottenere dai poteri politici e giurisdizionali degli stati membri sono assimilabili ai tribunali internazionali.

¹⁹⁸ Cfr. L. R. HELFER e A.M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication* cit., p. 288.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI (OPERE CITATE):

- A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità degli atti comunitari*, Milano, 1997.
- A. ALEMANN, *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts «Schmidberger» et «Omega»*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, p. 1 ss.
- R. ALONSO GARCÍA, *Le clausole orizzontali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2002, I, p. 2 ss.
- P. ALSTON (a cura di), *The EU and Human rights*, 1999.
- I. ANRÒ, *L'emersione dei livelli nazionali di tutela nell'ordinamento comunitario: un nuovo caso di limitazione di una libertà comunitaria per la tutela di un diritto nazionale*, in corso di pubblicazione.
- A. ARNULL, *The european union and its court of justice*, 2006, Oxford, pp. 622-638.
- J.J. BARCELÓ, *Precedent in European Community Law*, in N. MACCORMICK, R.S. SUMMERS, *Interpreting precedents. A comparative study*, Dartmouth, 1997, pp. 407 ss.
- R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, (cur.), *L'Europa dei diritti: commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001.
- P. BILANCIA, E. DE MARCO (cur.), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004.
- G. BOGNETTI, *Lo spirito del costituzionalismo americano*, I (*La Costituzione liberale*) e II (*La Costituzione democratica*), Torino, 1998 e 2000.
- A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria*, in *Enc. Giur.* Treccani, Roma, 1997, p. 3 ss.
- A. BULTRINI, *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004.
- R. CALVANO, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Padova, 2004.
- R. CALVANO, *Un felice révirement: il giudice comunitario allarga le maglie del ricorso individuale in base alla Cedu e alla Carta di Nizza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.
- I. CAMERON, *Protocol 11 to the European Convention of Human Rights: the European Court of Human rights as a constitutional Court?*, in *Yearbook of European Law*, 1995, p. 219 ss.
- M. CAPPELLETTI, D. GOLAY, *Judicial Branch in the Federal and Transnational Union*, in M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE, J.H.H. WEILER (a cura di), *Integration through law*, Vol. 1, Berlino-New York, 1986, p. 327 ss.
- S.M. CARBONE, *Il ruolo della Corte di giustizia nella costruzione del sistema giuridico europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, II, pp. 547-558.
- M. CARTABIA, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.
- M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4477 ss.
- M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007.
- R. CASSIN, *L'homme sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle*, in AA.VV. *La technique et les principes du droit public. Mélanges Georges Scelles*, Paris, 1950, I, p. 67 ss.
- V. COLANDREA, *On the power of the European Court of human rights to order specific non monetary measures: some remarks in light of Assanidze, Broniowsky and Sejdovic Cases in International Human Rights Law Review*, 2007, 396 ss.
- M. CONDINANZI, *Il ricorso diretto ai giudici europei: quadro giurisprudenziale e costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 2004, p. 628 ss.
- B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 333-345.
- P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006.
- G. DE BURCA, *On Enlargement of the European Union: beyond the Charter: how the enlargement has enlarged the human rights policy of the European Union*, in *Fordham international law journal*, 2004, p. 679 ss.
- M. DELMAS-MARTY, *Toward a truly common Law, Europe as a laboratory for legal pluralism*, Cambridge, 2002.
- O. DE SHUTTER, *La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national*, in *Revue belge du droit international*, 1997, p. 21 ss.
- U. DE SIERVO (cur.), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001.
- B. DE WITTE, *The Impact of Enlargement on the Constitution of the European Union*, in M. CREMONA (a cura di), *The Enlargement of the European Union*, Oxford, 2003, p. 209 ss.

- 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.
- Id., *La liberté des Etats dans le choix de moyen de mise en oeuvre des arrêts européens des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, p. 823 ss.
- P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (cur.), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003.
- L. FAVOREU, *La notion de Cour constitutionnelle*, in *De La Constitution, Étude en l'honneur de J.F. Aubert*, 1996, p. 26.
- Id., *Les Cours de Luxembourg e de Strasbourg ne sont pas de cours constitutionnelles*, in *Melanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 35 ss.
- G.F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in Id., *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001.
- L. FERRARI BRAVO, *La tutela dei diritti in Europa*, in *Europa e diritto privato*, 2001, I.
- J.F. FLAUSS, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?*, in *Revue Française de droit constitutionnel*, 1998, p. 711 ss.
- G. FLORIDIA, «*Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti*» (osservazioni sulla "Dichiarazione dei diritti" di Nizza), in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, I, 163.
- A. GARDINO CARLI, *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo. Profili processuali*, Milano, 2005.
- L. GARLICKI, *Cooperation of Courts, The Role of Supranational Jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, p. 509 ss.
- F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 1193 ss.
- F. L. GRIEVES, *Supranationalism and International Adjudication*, Urbana, 1969.
- E. GUILD, G. LESIEUR, *The European Court of Justice an the European Convention of Human Rights*, London, 1998.
- P. HAY, *Federalism and Supranational Organizations*, Urbana, 1966.
- R. HARMSEN, *The European Convention on Human Rights after the Enlargement*, in *the International Journal of Human Rights*, 2001, p. 18 ss.
- Id., *The European Cour of human rights as a Constitutional Court, Definitional debates and Dynamic of Reform*, in J. MORISON E K. MCEVOY (a cura di), *Transition and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007. p. 33 ss.
- L.R. HELFER e A.M. SLAUGHTER, *Toward a theory of effective supranational adjudication*, in *Yale Law Journal*, 1997, p. 273 ss.
- C. HILLION, *On enlargement of the European union: the discrepancy between membership obligations and the accession conditions as regards the protection of minorities*, in *Fordham International Law Journal*, 2004, p. 715 ss.,
- P. IVALDI, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*, in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002, pp. 233-275.
- J. JACKSON, *Broniowski v. Poland, A Recipe for increate legitimacy of the European Court of human rights as a supranational constitutional Court*, in *Connecticut Law Review*, 2006, p. 759 ss.
- E. KASTANAS, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1996.
- M. KUMM, *The jurisprudence of constitutional conflict, constitutional supremacy in Europe before and after the constitutional Treaty*, in *European Law Journal*, 2005, p. 262 ss.
- E. LAMBERT, *La Cour européenne au secours du comité des Ministres pour une meilleure exécution des arrêts "pilote"* in *Revue Trimestrielle de droits de l'homme*, 2005, p. 203 ss.
- K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in *European Law Review*, 2000, p. 575 ss.
- Id., *Respects for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 2000, 1.
- R.ST.J. MACDONALD, *The margin of appreciation*, in AA.VV., *The European system for the protection of human rights*, L'Aia, 1990.
- G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004.
- P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *Dir. Un. Eur.*, 2002, p. 715 ss.
- G. MARTINICO. *Le sentenze interpretative della Corte di giustizia come fonte di produzione normativa*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, p. 249 ss.
- R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, V, p. 1873 ss.
- P. MENGGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. XV, Padova, 1997.

- L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.
- L. MONTANARI, *La disciplina del ricorso individuale nella giurisprudenza comunitaria*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2004, III, p. 1542 ss.
- A.R. MOWBRAY, *The composition and operation of the new european Court of human rights*, in *Pub. L.*, 1999, p. 219 ss.
- V. ONIDA, *L'eguaglianza e il principio di non discriminazione*, resoconto della relazione introduttiva all'incontro del 12 dicembre 2004 del seminario LUISS su «*I diritti fondamentali e le Corti in Europa*», in www.luiss.it/semcost.
- E. PAGANO, *Sui rapporti tra la Carta e i principi fondamentali elaborati dalla Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, I.
- S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005.
- G. PARODI, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Quaderni regionali*, 2007, pp. 319-338
- P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004.
- A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (cur.), *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003.
- L. PLOUVIER, *Le decisions de la Cour de justice des communautés europeenne et leur effects*, Bruylant, Bruxelles, 1975.
- O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario: un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005.
- O. POLLICINO, V. SCJARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra "sdoganamento giurisprudenziale" e Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, I, pp. 101-124.
- O. POLLICINO, V. SCJARABBA, *Lotta al terrorismo, diritti e principi fondamentali, rapporti tra ordinamenti: un importante capitolo della giurisprudenza "costituzionale" europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, I, pp. 159-174.
- R. POSNER, *Law and legal theory in the UK and USA*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, VI, pp. 1303-1383
- Id., *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. ZANON (cur.), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006.
- G. RESS, *The effect of decisions and judgments of the European Court of Human rights, in the domestic legal order*, in *Texas International Law Journal*, 2005, p. 459 ss.
- W. SADURSKI, *Charter and Enlargement*, in *European Law Journal*, 2002, p. 340 ss.
- W. SADURSKI, *Constitutionalization of the EU and the Sovereignty concerns of the new accession States: the role of the charter of Rights*, in *EUI Working Paper Law 11/03*, www.iue.it/PUB/Law03-10.pdf.
- W. SADURSKI, *Partnering with Strasbourg, Constitutionalization of the European Court of human rights, the accession of central and east European State to the Council of Europe and the idea of pilot judgments*, in *Sydney Law School Research Paper No. 08/135 e EUI Working Papers LAW No. 2008/33*.
- A. SAJÓ, *Constitution without the constitutional moment: A view from the new Member States*, in *International Journal of Constitutional law*, 2005, p. 243 ss.
- R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss.
- V. SCJARABBA, *Le «spiegazioni» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, I, pp. 59-93.
- Id., *I diritti e i principi fondamentali nazionali ed europei e la problematica comunitarizzazione delle risoluzioni antiterrorismo dell'ONU*, in *Rassegna Forense*, 2006, I, pp. 147-190, e in www.associazionedeicostituzionalisti.it, dal 23 dicembre 2005.
- Id., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008.
- Id., *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: questioni generali e profili interni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2009, I, 513-543.
- Id., *La "riapertura" del giudicato in seguito a sentenze della Corte di Strasburgo: profili di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, II, 917-947.
- D. SHELTON, *The boundaries of human rights jurisdiction in Europe*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2003.

- F. SORRENTINO, *L'art. 177 del Trattato di Roma nel rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti interni*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, Padova, 1995.
- F. SORRENTINO, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, I, p. 79 ss.
- E. STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1983, 1.
- D. SZYMOCZAK, *La Convention Européenne de droits de l'homme e le juge constitutionnel national*, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- A. STONE SWEET, *Sur la Constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme: cinquanta ans après son installation. La Cour européenne des droits de l'homme conçue comme une cour constitutionnelle*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 924 ss.
- F. SUDRE, *L'Europe des droits de l'homme. L'Europe et le droit*, in *Droits*, n. 14, 1991.
- P. TANZARELLA, *Gli effetti delle decisioni delle Corti europee dei diritti fondamentali*, *Europa e America a confronto*, in *Quad. Cost.*, 2009, p. 323 ss.
- A. TIZZANO, *La Corte di giustizia delle Comunità Europee*, Napoli, 1967.
- A. TIZZANO, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, 141 ss.
- U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss.
- M.L. VOLCANSEK, *Supranational Courts in a political context*, in *Id.*, (a cura di) *Law Above nations, Supranational Courts in a Political Context*, Florida, 1997, p. 3 ss.
- K. VON LINDEINER-WILDAU, *La supranationalité en tant que principe du droit*, Leyde, 1970.
- J.H.H. WEILER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985.
- J.H.H. WEILER, *Federalism and Constitutionalism, Europe's wonderweg*, in KALYPSO NICOLAIDIS, ROBERT HOWSE (a cura di), *The federal version: legitimacy and levels of governance in the US and the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 13 ss., ora anche in J.J.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, (trad. it. a cura di F. Martines), Bologna, 2003, p. 531 ss.
- J.H. WEILER, *A Constitution for Europe? Some hard choices*, in G. A. BERMAN, K. PISTOR (a cura di), *Law and Governance in an enlarged Union*, Oxford, 2004, p. 38 ss.
- L. WHILDABER, *A constitutional future for the european court of human rights*, in *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 161 ss.
- A. WIENER, G. SCHWELLNUS, *Contested norms in the process of EU enlargement: non discrimination and minority rights*, *Constitutionalism Web-Papers*, ConWEB No. 2/2004, p. 6 ss.
- A. WILLIAMS, *Enlargement of the Union and Human rights conditionality: a policy of distinction?* in *European Law Review*, 2001, p. 601 ss.
- H.C. YOURROW, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of Human Rights jurisprudence*, L'Aia, 1996, p. 5 ss.
- V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.