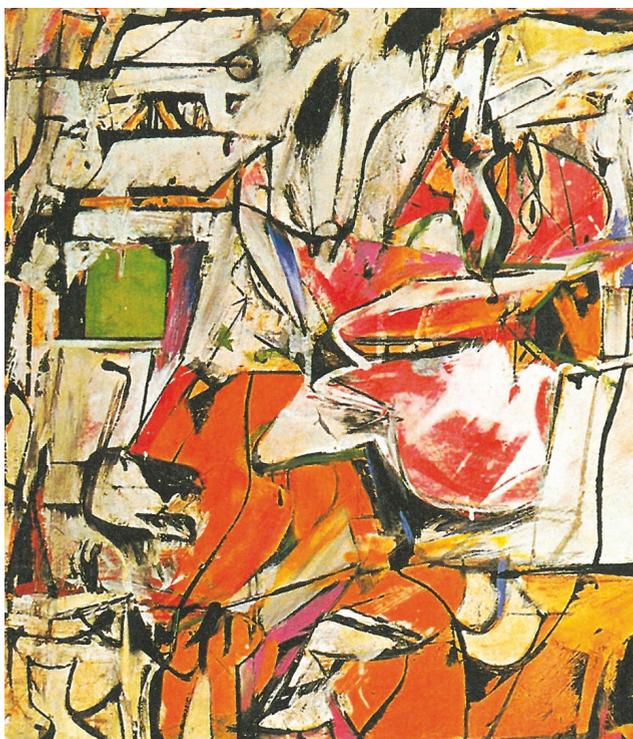


*Diritto internazionale*  
*Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*

# CONVENZIONI SUI DIRITTI UMANI E CORTI NAZIONALI

a cura di  
ANTONIETTA DI BLASE



Roma TrE-press  
2014

Università degli Studi Roma Tre  
Dipartimento di Giurisprudenza

*Diritto internazionale*  
*Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea*

1

Convenzioni sui diritti umani  
e Corti nazionali

Atti di convegno  
Dipartimento di Giurisprudenza – Università Roma Tre  
Roma, 19-20 marzo 2013

a cura di  
ANTONIETTA DI BLASE



*Roma TrE-Press*  
2014

Il presente volume inaugura la Collana Diritto internazionale, Diritto internazionale privato e dell'Unione Europea, varata su iniziativa di docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma TrE-Press, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

*Membri del Comitato scientifico della Collana:*

Pia Acconci, Antonio Blanc Altemir, Paolo Benvenuti, Giandonato Caggiano, Javier Carrascosa Gonzales, Roberta Clerici, Antonietta Di Blase, Alessandra Gianelli, Andrea Giardina, Alessandra Lanciotti, Fiona MacMillan, Roberto Mastroianni, Paolo Mengozzi, Claudia Morviducci, Francesco Salerno, Ennio Triggiani, Ugo Villani.

*Coordinamento editoriale:*

Gruppo di Lavoro *RomaTrE-Press*

*Edizioni: RomaTrE-Press* ©

Roma, settembre 2014

ISBN: 978-88-97524-08-3

<http://romatrepress.uniroma3.it>

Immagine di copertina: Willem de Kooning, *Asheville* (part.)

## Indice

### PRESENTAZIONE

#### SEZIONE PRIMA

##### DIRITTI FONDAMENTALI E INTEGRAZIONE REGIONALE

- GIANDONATO CAGGIANO, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali* 13
- CLAUDIA MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso* 41
- ALFONSO CELOTTO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e/o Carta dei diritti fondamentali* 69
- ROBERTO CIPPITANI, *Interpretazione giuridica e diritti nei processi internazionali di integrazione* 83

#### SEZIONE SECONDA

##### CORTI DEI DIRITTI UMANI E PRIMATO DELLE COSTITUZIONI INTERNE

- PAOLO CARNEVALE, GIOVANNA PISTORIO, *Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale* 123
- REINER ARNOLD, *L'identità costituzionale: un concetto conflittuale* 149
- MARCO RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale* 157
- ELETTRA FERRI, *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali* 173
- GIOVANNI SERGES, *I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano* 187

#### SEZIONE TERZA

##### INTEGRAZIONE REGIONALE E RUOLO DEI GIUDICI

- ANTONIETTA DI BLASE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Diritto internazionale privato dell'Unione europea* 207
- EDGARDO LÓPEZ HERRERA, *Análisis de la jurisprudencia argentina sobre restitución internacional de menores y los derechos humanos del niño* 233

APPENDICE

*Draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.*

## *Presentazione*

Nel campo della normativa internazionale sui diritti dell'uomo si assiste al progressivo consolidamento delle istituzioni e degli strumenti di cooperazione fra gli Stati, soprattutto a livello sub-continentale (o 'regionale'), dove è presente un comune patrimonio di principi ed ideali. A tale processo si è accompagnato un vivace dibattito sulla efficacia delle norme internazionali sui diritti umani negli ordinamenti degli Stati, soprattutto per il ruolo svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e dalla Corte Interamericana. Alla radice del dibattito c'è la preoccupazione che i vincoli da esse imposte comportino rischi di interferenze o limitazioni alla sovranità ed alle prerogative che la Costituzione riserva alle istituzioni statali, pur nella consapevolezza della importanza dei principi enunciati dalle convenzioni sui diritti umani. Se nelle pronunce internazionali in materia di diritti umani viene talvolta posto l'accento sul carattere 'sovranaZIONALE' delle norme delle convenzioni, l'evoluzione della giurisprudenza nazionale fa ritenere che quella problematica sia superabile grazie allo strumento della interpretazione conforme alle decisioni adottate a livello internazionale. In tal modo viene assicurato il rispetto delle garanzie fondamentali, senza rimettere in discussione taluni presupposti anche politicamente sensibili collegati all'idea della preminenza della costituzione e dell'identità nazionale.

Con riferimento alla realtà regionale europea, si può riscontrare una sostanziale convergenza tra gli obiettivi e le modalità di applicazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e gli orientamenti dell'Unione europea (UE), pur trattandosi di sistemi giuridici che si differenziano per taluni aspetti cruciali, quale la efficacia delle rispettive norme e sentenze negli ordinamenti interni, nonché l'azionabilità diretta da parte delle persone fisiche e giuridiche. Sviluppi positivi sotto il profilo dell'impatto delle norme sui diritti umani in Europa sono stati assicurati grazie al recepimento delle norme sui diritti dell'uomo nella Carta dei

diritti fondamentali allegata ai Trattati dell'UE. È tuttavia importante realizzare un coordinamento tra i sistemi europei di protezione dei diritti dell'uomo anche a livello istituzionale: risultati importanti potranno essere conseguiti una volta che sarà completato il processo per l'adesione dell'UE alla CEDU, auspicata a livello ufficiale già alla fine degli anni settanta, e riproposta con vigore all'indomani del Trattato di Lisbona. In tale contesto è necessario ridefinire i ruoli rispettivi della Corte di giustizia e della Corte europea di Strasburgo, per sancire, a livello formale, quella condivisione di obiettivi che fino ad ora è stata assicurata grazie ad una sostanziale convergenza di orientamenti tra le due Corti.

Le tematiche fin qui sinteticamente accennate vengono sviluppate ed approfondite nel presente volume, che inaugura la Collana di Diritto internazionale, Diritto internazionale privato e dell'Unione europea del Dipartimento giuridico dell'Università di Roma - RomaTre. Vi sono raccolti i lavori presentati ad un convegno organizzato nel marzo 2013, con la partecipazione di colleghi del Dipartimento e di illustri accademici delle Università di Perugia, Regensburg e Tucumán. L'eterogeneità delle esperienze accademiche degli autori consente di acquisire una visione complessiva dei principali problemi connessi alla applicazione delle convenzioni internazionali nel campo dei diritti dell'uomo ed ai rapporti tra giurisdizioni regionali e nazionali.

Desidero esprimere la mia gratitudine ai colleghi ed al personale che lavora nell'ambito del progetto RomaTre-Press, che hanno reso possibile questa pubblicazione e curato la redazione. Un particolare ringraziamento va alla Prof. Claudia Morviducci per i suggerimenti e i consigli durante l'allestimento del volume e al Dott. Luca Villani che si è impegnato nella revisione del manoscritto.

Roma, 15 settembre 2014

Antonietta Di Blase

*Riguardo alle citazioni contenute nelle note relative alla giurisprudenza più recente, va segnalato che la redazione ha scelto di eliminare l'indicazione delle collezioni cartacee quando l'accesso ad internet rappresenta ormai la modalità di più diffusa consultazione: ciò vale sia per la giurisprudenza della Corte costituzionale, che di quella della Corte di Cassazione italiana (il testo delle sentenze è infatti consultabile on-line all'indirizzo [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it) e, rispettivamente, [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)). Anche le pronunce più recenti della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo sono consultabili on-line ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) e, rispettivamente, [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)), essendo sufficiente l'indicazione della data e del numero della causa. Per le pronunce meno recenti della Corte di giustizia si è mantenuto invece il riferimento alla Raccolta della giurisprudenza della Corte (citata in nota come Raccolta).*

## *International human rights conventions and national courts*

In the field of Human rights important steps have been made towards the strengthening and improving of the legal cooperation between countries: remarkable achievements have been obtained at the so-called regional level, where States share a common background of principles and ideals. Elements for progress in the field are the establishment of international institutions and the readiness of national courts to adopt binding common rules.

At the root of the political and institutional debate that has been developing in connection with the effects of the international rules on human rights, lays the concern that such rules might impose constraints to the sovereignty of individual countries. This seems especially true within the regional framework, where courts such as the European Court on Human Rights (ECHR Court) and the Inter-American Court have been set up, in order to decide on individual human rights infringements and to establish sanctions. In this respect, a crucial point that has been addressed especially by the Supreme courts of individual countries, is what place international rules have in the national legal order and which role do national Constitutions play in this context.

The international courts on human rights might also interfere in the supremacy of the national Member States' courts. However, the doctrine of the "supra-national" character of international human rights conventions which – as it has been suggested – could overrule national law, does not find support. National courts seem to base the settlement of disputes on the interpretation of relevant rules as applied by international courts, rather than on the recognition of the primary role of human rights conventions over the State's rules. In this way, compliance with international rules on the protection of fundamental rights is ensured, while avoiding the strains and tensions that an acknowledgment of supra-nationality would entail.

At European level, the institutions of the Council of Europe which

adopted the European Convention on Human Rights and those of the European Union (EU) both aim to ensure the protection of human rights. A major difference is that the rules of the ECHR are not recognized as having a direct effect in the legal orders of the Member States in the same way as this happens for the European Union rules. Besides, individuals have the power of recourse to the ECHR Court for the protection of fundamental rights, but cannot do so in relation to the EU Court of Justice.

The inclusion of human rights among the main principles of the EU, codified in the Charter of the fundamental rights, gives the way to relevant developments from the point of view of the impact and direct effects of the international rules in the EU States. It also requires a better coordination of the different legal systems in the field: in this respect it is hoped that significant achievements will be reached through the process of access of the EU to the ECHR, that has been officially recommended already at the end of the seventies, and put forward more convincingly soon after the Lisbon Treaty. One of the crucial points for the completion of this process is the adoption of rules on the way how the Luxembourg and the Strasbourg Courts shall co-ordinate their respective roles, in order to sanction also at the institutional level the present substantially homogeneity of approach in the interpretation and application of human rights.

These and other issues are the subject of this book, which is the first of a new series of publications by the RomaTre University Law Department on International Law, Private international law and European Union. The idea behind the book stems from the workshop organized by the University of RomaTre in March 2013, which was attended by Colleagues of RomaTre and by distinguished scholars from the Universities of Perugia, Regensburg and Tucumán, whose diverse academic backgrounds and differing approaches were a major contribution to the discussion on the interplay between regional and national courts and the impact of international institutions in the field of human rights.

This book has been a joint effort. I'm grateful to my Colleagues and to RomaTrE-Press who made its publication possible and looked after all the arrangements for its printing. A special thanks goes to Prof. Claudia Morviducci for her moral support and her valuable suggestions in the planning of the work, and to Dr. Luca Villani who helped me review and format the manuscript.

Rome, September 15, 2014

*As regards the quotations of the most recent case-law, the editorial board has decided to omit references to paper-collections, since the internet is the most widespread way to access cases of national courts (Corte Costituzionale: [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); Corte di Cassazione: [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)) and of the EU and ECHR courts ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) and, respectively, [hudoc.echr.coe.int](http://hudoc.echr.coe.int)) by quoting the name of the parties and the number of the decision. For the less recent cases before the EU court reference is made to the official paper collection (quoted as Raccolta).*



SEZIONE PRIMA  
DIRITTI FONDAMENTALI  
E INTEGRAZIONE REGIONALE



Giandonato Caggiano\*

*La tutela europea dei diritti della persona tra novità  
giurisprudenziali e modifiche istituzionali*

L'autore evidenzia le principali modifiche normative e gli elementi emergenti dal dialogo fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, al quale partecipano direttamente e indirettamente anche i giudici nazionali, nell'intento di verificare se sia possibile tracciare le linee di una sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali a livello europeo.

*1. Premessa*

Nel campo della tutela dei diritti della persona le novità giurisprudenziali delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo e le modifiche istituzionali della Convenzione europea dei diritti umani (la 'Convenzione' o CEDU) sollecitano l'opportunità di un aggiornamento sul tema ormai classico in dottrina<sup>1</sup>.

Nell'attesa dell'adesione dell'Unione alla CEDU, la pluralità di livelli – ordinamenti o sistemi – competenti in materia presenta rischi di conflitti e antinomie, pur in presenza di principi e tecniche di coordinamento e cooperazione. I rapporti tra i diversi ordinamenti si manifestano nel dialogo

---

\* Docente di Diritto dell'Unione europea, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli studi Roma Tre.

<sup>1</sup> Per un inquadramento della materia, cfr. G. STROZZI, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona, attualità e prospettive*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2011, p. 837 ss.; U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Fragola (Atti del Convegno interinale SIDI), Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 1 ss.; E. CANNIZZARO, *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, in *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, a cura di M. Fragola, cit., p. 39 ss.; S.M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2013, p. 1 ss.; B. NASCIBENE, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in «Studi sull'integrazione europea», 2013, p. 9 ss.

tra i giudici competenti<sup>2</sup>. Così, i riferimenti incrociati ai medesimi diritti, anche se di contenuto non del tutto simile, fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo e la Corte costituzionale (tutte definibili a vario titolo quali ‘corti a carattere costituzionale’) riescono a ‘stabilizzare’ le garanzie in materia.

La prevalenza della funzione dell’interpretazione/applicazione giurisprudenziale, rispetto al valore intrinseco dei ‘testi costituzionali’ – trattati istitutivi dell’Unione, Carta dei diritti fondamentali, testo convenzionale e suoi allegati, costituzioni nazionali – corrisponde alla necessità di soluzioni giudiziarie tra i diversi sistemi giuridici sussidiari o suppletivi.

Lo spazio giuridico complessivo dell’Unione e degli Stati membri è stato definito come ‘para-costituzionale’ e ‘intercostituzionale’ oppure, più spesso, ‘multilivello’. Quest’ultima terminologia, pur abusata, evoca in modo efficace l’idea di situazioni giuridiche soggettive che cercano e ottengono tutela in diversi ordinamenti tramite giurisdizioni non riconducibili a unità o gerarchia. Sempre maggior rilievo tende ad assumere la clausola dell’identità nazionale in chiave di contro-limite a carattere generale<sup>3</sup> ma c’è chi pensa alla necessità di rafforzare la tendenza opposta<sup>4</sup>.

Il dibattito scientifico intorno alla vicenda della Costituzione europea

<sup>2</sup> La bibliografia sul dialogo tra le corti è molto ampia. Per citare solo alcuni tra i più recenti studi: Y. SHANY, *Regulating Jurisdictional Relations between National and International Courts*, Oxford 2007; M. POJARES MADURO, *Courts and Pluralism*, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff, J.P. Trachtman, Cambridge 2009, p. 356 ss.; G. HARPAZ, *The European Court of Justice and its Relations with the European Court of Human Rights: the Quest for enhanced Reliance, Coherence and Legitimacy*, in «Common Market Law Review», 2009, p. 105 ss.; *Il sistema europeo di protezione dei diritti fondamentali e i rapporti tra le giurisdizioni*, a cura di G. Rolla, Giuffrè, Milano 2010; F.C. MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, in *Principles of European Constitutional Law*, a cura di A. Von Bogdandy, J. Bast, Hart, Oxford 2010<sup>2</sup>; O. POLLICINO, *Allargamento ad est dello spazio giuridico europeo e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee. Verso una teoria generale dell’impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Giuffrè, Milano 2010; S. MORANO-FOADI, S. ANDREADAKIS, *Reflections on the Architecture of the EU after the Treaty of Lisbon: The European Judicial Approach to Fundamental Rights*, in «European Law Journal», 2011, p. 595 ss.; G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe’s Legal Systems. Judicial Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, E. Elgar, Cheltenham-Northampton, 2012.

<sup>3</sup> Sulla clausola, U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità nazionali e locali nel processo di integrazione europea*, Jovene, Napoli 2011, p. 72; B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: The Ordinary Functions of the Identity Clause*, in «Jean Monnet Working Paper», 1, 2012; N.S. MAREK, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identity*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2012, p. 437 ss.; A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in «Common Market Law Review», 2011, p. 1417 ss.

<sup>4</sup> C. ANTPOHLER [et al.], *Reverse Solange – Protecting the essence of fundamental rights against EU Member States*, in «Common Market Law Review», 2012, p. 489 ss.

rilanciò le tesi del costituzionalismo multilivello<sup>5</sup> e del pluralismo costituzionale<sup>6</sup>, secondo cui l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione deve essere intesa come 'incorporata' in un sistema costituzionale composito. Si basa sulla co-responsabilità dei giudici nazionali europei nel fissare ciò che costituisce 'la legge/il diritto' in ogni fattispecie concreta. Espressione paradigmatica di quel passaggio che sembrò rivoluzionare l'impronta internazionalistica dell'integrazione europea, la tesi in parola continua ad essere aggiornata dai suoi proponenti<sup>7</sup>.

A 50 anni dalla sentenza *Van Gend en Loos*, i principi del metodo comunitario restano quelli del primato, dell'efficacia diretta e dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione e si applicano anche alla tutela dei diritti fondamentali<sup>8</sup>.

Le ipotesi di sistemazione teorica della tutela dei diritti fondamentali/umani stentano ad essere acquisite, malgrado l'impegno profuso per analizzare un fenomeno di grande complessità e rilevanza anche per la democrazia in Europa. Ne è evidente riprova la qualità e quantità di contributi di studiosi di diverse discipline, tra i quali soprattutto comunitaristi, costituzionalisti e amministrativisti, ma anche civilisti, penalisti e proceduralisti. La prospettiva di analisi qui utilizzata è quella di carattere istituzionale da cui conseguono il metodo della trattazione e la scelta dei riferimenti bibliografici.

<sup>5</sup> I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited?*, in «Common Market Law Review», 1999, p. 703 ss.; I. PERNICE, *De la constitution composée de l'Europe*, in «Revue trimestrielle de droit européen», 4, 2000, pp. 623-647; ID., *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in Action*, in «Columbia Journal of European Law», 2009, p. 349 ss.; MAYER, *Multilevel Constitutional Jurisdiction*, cit., p. 399 ss.; G. DELLA CANANEA, *Is European Constitutionalism Really 'Multilevel'?*, in «Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht», 2010, p. 283 ss.

<sup>6</sup> *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, a cura di M. Avbelj, J. Komárek, Hart Publ., 2012, *passim*.

<sup>7</sup> I. PERNICE, *The Autonomy of the EU Legal Order – Fifty Years After Van Gend*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, Luxembourg 2013, in <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_95693/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_95693/)> (ultimo accesso in data 17.05.2014).

<sup>8</sup> Cfr. per il tema in oggetto, M. CARTABIA, *Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court*, in *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos, 1963-2013*, a cura di A. Tizzano, J. Kokott, S. Prechal, cit., p. 155 ss.

## 2. Oggetto e ambito del lavoro

Il presente contributo, secondo gli obiettivi del Convegno da cui questo volume prende origine, intende tracciare gli elementi principali delle modifiche normative e del dialogo fra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo e, solo limitatamente, della Corte costituzionale.

Al dialogo giurisprudenziale partecipano anche direttamente o indirettamente i giudici ordinari degli Stati membri dell'Unione e/o degli Stati contraenti CEDU. Non è possibile in questa sede evocare le linee tendenziali della giurisprudenza dei giudici ordinari che sono chiamati in 'prima fila' a garantire i diritti fondamentali, ma si può utilmente celebrare il loro *input* all'attività delle 'corti a carattere costituzionale'.

Per il sistema CEDU, il riconoscimento del loro ruolo è insito nella regola del previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1) e nell'obbligo degli Stati contraenti di garantire un ricorso effettivo dinanzi a un'istanza nazionale per le violazioni dei diritti convenzionali (art. 13).

Per il diritto dell'Unione, la collocazione dell'art. 19 TUE chiarisce che la Corte è chiamata a svolgere il ruolo di garante del rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati, che comprendono la Carta dei diritti fondamentali. Proprio nell'interpretazione pregiudiziale, la Corte di giustizia può fornire al giudice nazionale gli elementi d'interpretazione del diritto dell'Unione utili per la valutazione della disposizione interna nel giudizio di conformità con i diritti fondamentali.

Secondo la più recente definizione «[...] le funzioni attribuite, rispettivamente, ai giudici nazionali e alla Corte sono essenziali alla salvaguardia della natura stessa dell'ordinamento istituito dai Trattati»<sup>9</sup>.

La Corte di giustizia continua a richiedere che sia conservato ai giudici nazionali il potere di disapplicare le norme interne in contrasto con il diritto dell'Unione, fatto salvo il ricorso allo strumento dell'interpretazione pregiudiziale<sup>10</sup>. L'ordinamento nazionale non può subordinare la facoltà di disapplicazione ad alcun procedimento o altra condizione<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Parere 1/09 della Corte 8 marzo 2011 sulla proposta di Tribunale dei brevetti europeo e comunitario, punto 85. In argomento, cfr. R. BARATTA, *National Courts as 'Guardians' and 'Ordinary Courts' of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in «Legal Issues of Economic Integration», 2011, p. 297 ss.

<sup>10</sup> Per una ricostruzione della dottrina, cfr. G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in «Studi sull'integrazione europea», 2013, p. 441 ss., spec. p. 460 ss.

<sup>11</sup> In relazione al possibile contrasto tra norme interne e Carta dei diritti fondamentali, la Corte afferma: «[...] il diritto dell'Unione osta a una prassi giudiziaria che subordina l'obbligo,

Inoltre, la Corte nella sentenza *Kamberaj* chiarisce che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona «[...] l'art. 6, par. 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale»<sup>12</sup>.

Molte sono le novità istituzionali dei due sistemi europei e le relative innovazioni di politica giudiziaria meritevoli di una segnalazione in questo contributo. Significativo appare il collegamento fra i due sistemi europei<sup>13</sup> tramite gli articoli 6, commi 2 e 3 del TUE e 51-53 della Carta (clausole orizzontali). In relazione allo sviluppo del sistema CEDU, molto importanti sono le innovazioni istituzionali e procedurali introdotte dal Protocollo 14 e le novità dei Protocolli 15 e 16, nonché il di riparazione delle violazioni strutturali tramite le sentenze-pilota.

### 3. *Il ruolo del diritto giurisprudenziale*

Nell'azione a tutela dei diritti della persona, le 'corti a carattere costituzionale' ricorrono in modo significativo alle fonti dei sistemi di *civil law* e di *common law*, che si esprimono tramite la forza vincolante della legge (il diritto legislativo) o della giurisprudenza (il diritto giurisprudenziale).

Tale tendenza appare nella 'natura delle cose' per le due corti europee che operano in un contesto giuridico-culturale misto e con proprie tecniche ermeneutiche. Meno evidente appare l'influenza sul metodo decisionale della nostra Corte costituzionale che, infatti, pur valorizzando il 'diritto giurisprudenziale' della Corte di Strasburgo, incomincia a formulare dei 'distinguo' quando, ad esempio, statuisce che il principio

---

per il giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione che sia in contrasto con un diritto fondamentale garantito dalla Carta alla condizione che tale contrasto risulti chiaramente dal tenore della medesima o dalla relativa giurisprudenza, dal momento che essa priva il giudice nazionale del potere di valutare pienamente, se del caso con la collaborazione della Corte, la compatibilità di tale disposizione con la Carta medesima». Sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åklagaren/Fransson*.  
<sup>12</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012 causa C-571/10, *Servet Kamberaj*, punto 62.

<sup>13</sup> A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2011, p. 38 ss. Sullo stato del negoziato e sulla bibliografia in materia, C. MORVIDUCCI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un percorso non ancora concluso*, in questo volume.

di legalità penale, delineato dalla Corte di Strasburgo, risulta meno comprensivo di quello accolto in Costituzione. Infatti, il diritto giurisprudenziale non prevede, per definizione, la riserva di legge posta dalla Costituzione italiana a garanzia che il potere di normazione sia esercitato solo dal Parlamento, in quanto incidente sul diritto alla libertà personale. Tale importante argomentazione «preclude una meccanica trasposizione nell'ordinamento interno della postulata equiparazione tra legge scritta e diritto di produzione giurisprudenziale»<sup>14</sup>.

Il metodo giurisprudenziale ha contribuito alla creazione e condivisione di un patrimonio di diritti della persona in Europa. Da un lato, il classico metodo pretorio della Corte di giustizia è alla base del riconoscimento dei diritti nell'ordinamento dell'Unione nella forma dei principi generali; dall'altro, lo scarno catalogo originale e ancora in vigore dei diritti della CEDU (con annessi allegati) si è trasformato nell'attuale ricco e articolato 'diritto vivente' proprio per effetto dell'attività della Corte di Strasburgo<sup>15</sup>.

Soprattutto quest'ultima opera un continuo consolidamento dei diritti legati ai cambiamenti della società e della tecnologia, in materia familiare, ambientale e genetico-riproduttiva, argomentando tra gli opposti criteri del 'consenso europeo' e del margine di apprezzamento lasciato agli Stati<sup>16</sup>. Infatti, la Corte interpreta il testo convenzionale applicando un'interpretazione teleologica 'parametrata' sul consenso europeo. Lo standard europeo applicabile è, per lo più, il risultato di un'indagine della Corte sull'esistenza di una base comune nel diritto e nella prassi degli Stati contraenti, soprattutto al fine di restringerne il margine di apprezzamento<sup>17</sup>. Tale metodo non è esente da critiche nella misura in cui tende a trascurare le posizioni minoritarie di alcuni Stati contraenti o non sia suffragato da

<sup>14</sup> Sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012 in riferimento al principio di legalità in materia penale.

<sup>15</sup> M. O'BOYLE, *The future of the European Court of Human Rights*, in «German Law Journal», 2011, p. 1862 ss., e p. 1865 ss. Sulle caratteristiche delle sentenze della Corte europea dei diritti umani, cfr. R.C.A. WHITE, *Judgments in the Strasbourg Court: some reflections*, disponibile on line <<http://ssrn.com/abstract=1435197>> (ultimo accesso 20.01.2014).

<sup>16</sup> A questo riguardo, è particolarmente interessante Corte EDU, 3 novembre 2011, *S.H. v. Austria*, n. 57813/00, pronunciata dalla Grande Camera, che ha ritenuto conforme alla Convenzione il divieto della legislazione austriaca sulla fecondazione eterologa. L'opinione dissenziente dei giudici Tulkens, Hirvelä, Lazarova, Trajkovska e Tsotsoria contesta che la decisione abbia lasciato troppo spazio al margine di apprezzamento, riconoscendo l'importanza del dissenso di alcuni Stati; l'opinione concorrente del giudice De Gaetano contesta che, in ogni caso, il consenso europeo possa prevalere sul rispetto della dignità di ogni essere umano.

<sup>17</sup> Tra le sentenze più recenti, cfr. sulle questioni legate all'aborto, Corte EDU, 10 aprile 2007, *Evans v. the United Kingdom*, n. 6339/05, par. 77-81; in materia di adozione, cfr. Corte EDU, 27 aprile 2010, *Moretti and Benedetti v. Italy*, n. 16318/07, par. 63.

una profonda e dettagliata ricerca comparativa; di sicuro consente però una convergenza progressiva tra i diritti protetti negli ordinamenti nazionali verso un comune standard europeo, quale fine ultimo del sistema convenzionale.

Occorre inoltre ricordare che, per la definizione delle nozioni convenzionali, un particolare rilievo possono assumere gli strumenti internazionali e la prassi degli Stati contraenti, in quanto espressioni di *common values*<sup>18</sup>. L'unico criterio realmente selettivo è che l'analisi ricostruttiva di un diritto fondamentale denoti «*a continuous evolution in the norms and principles applied in international law or in the domestic law of the majority of member States of the Council of Europe and show, in a precise area, that there is common ground in modern societies*»<sup>19</sup>.

Quanto al valore delle sentenze della Corte di Strasburgo, nonostante le pronunce abbiano efficacia giuridico-formale limitata al singolo caso (art. 46, par. 1), con effetti giuridici esclusivamente tra le parti, si ritiene producano il cosiddetto effetto della *res interpretata*<sup>20</sup>. In sostanza, la Corte afferma, secondo il principio della sentenza *Goodwin*, di non essere formalmente vincolata a seguire i propri precedenti, ma di ritenere prioritario non discostarsene nell'interesse della certezza giuridica, della prevedibilità e della uguaglianza di fronte al diritto, almeno in assenza di valida giustificazione<sup>21</sup>.

L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo è un 'obbligo di risultato', in forza del quale gli Stati sono liberi, in linea di principio, di scegliere i mezzi per ottemperare alla sentenza<sup>22</sup>. Questa autonomia resta di fatto confinata nell'ambito del controllo esercitato

<sup>18</sup> Corte EDU, 12 novembre 2008, *Demir and Baykara v. Turkey*, n. 34503/97, par. 85.

<sup>19</sup> *Ibid.*, par. 86.

<sup>20</sup> U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, Bari 2012, p. 89 ss., a p. 111.

<sup>21</sup> Corte EDU, sentenza 11 luglio 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, n. 28957/95: «74. *While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that it should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases [...]. However, since the Convention is first and foremost a system for the protection of human rights, the Court must have regard to the changing conditions within the respondent State and within Contracting States generally and respond, for example, to any evolving convergence as to the standards to be achieved [...]*». Cfr. anche, Corte EDU, 4 febbraio 2005, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, n. 46827/99, e 46951/99, par. 121 e Corte EDU, 19 aprile 2007, *Vilho Eskelin and Others v. Finland*, n. 63235/00. In dottrina, A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case law*, in «Human Rights Law Review», 2009, p. 179 ss.; *Treaties and Subsequent Practice*, a cura di G. Nolte, Oxford 2013, p. 244 ss.

<sup>22</sup> Cfr. P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea per i diritti umani*, Giuffrè, Milano 2004.

dal Comitato dei Ministri, che verifica e garantisce l'idoneità delle misure adottate a conseguire il risultato richiesto (art. 46).

#### 4. *La Carta dei diritti fondamentali*

La creazione della dimensione dei diritti fondamentali rappresenta uno dei capitoli più importanti dell'integrazione europea. Non sarebbe stato possibile un così ampio trasferimento di competenze materiali dagli Stati membri all'Unione se la sommatoria fra le tutele non fosse risultata almeno pari o accresciuta.

Una delle tappe più innovative di questo processo dell'integrazione europea è certamente costituito dalla Carta<sup>23</sup> che non è un atto meramente ricognitivo del patrimonio di diritti esistente al momento della sua adozione (principi generali di diritto di origine giurisprudenziale e tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nonché la giurisprudenza CEDU). Essa presenta il valore della codificazione e dello sviluppo progressivo, contribuendo al contempo ad identificare, grazie alla giurisprudenza attuativa, la specificità della tutela dei valori e dei diritti dell'Unione. Infatti, la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla Carta consente di meglio specificare la portata dei diritti e di alimentare l'ordinamento giuridico dell'Unione anche in riferimento all'evoluzione della CEDU o delle tradizioni costituzionali comuni. Del resto, non si sostituisce ai diritti fondamentali che, in quanto principi generali, costituiscono una fonte autonoma (art. 6, par. 3, TUE).

<sup>23</sup> In dottrina, fra i tanti, cfr. A. VON BOGDANDY, *The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union*, in «Common Market Law Review», 2000, p. 1307 ss.; K. LENAERTS, *Fundamental Rights in the European Union*, in 'European Law Review', 2000, p. 575 ss.; J. LIISBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights threaten the supremacy of the Supremacy of Community Law?*, in «Common Market Law Review», 2001, p. 1171 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2001, p. 241 ss.; A. VITORINO, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in «Revue du droit de l'Union européenne», 2001, p. 27 ss.; G. DE BURCA, *The Drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights*, in «European Law Review», 2001, p. 126 ss.; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in «Rivista di diritto internazionale», 2001, p. 1009 ss.; K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *A 'Bill of Rights' for the European Union*, in «Common Market Law Review», 2001, p. 273 ss.; *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Il Mulino, Bologna 2001; A. MANZELLA [et al.], *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna 2001; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2002, p. 671 ss.

La Carta e la questione del suo valore giuridico rappresentarono, al momento della sua adozione, uno dei temi di maggiore interesse per la dottrina<sup>24</sup>, che si interrogò sull'impatto della stessa nell'ordinamento comunitario e degli Stati membri, al di là del suo carattere formale. Dall'inizio, la dottrina sottolineò come fosse indirizzata alle istituzioni dell'Unione, e non, almeno in linea di principio, agli Stati membri. Tuttavia, appariva evidente che la previsione ad esempio di un ampio capitolo, quale quello della solidarietà riguardante i diritti sociali, non poteva riferirsi all'azione esecutiva (assai limitata) delle istituzioni europee, bensì al quadro normativo adottato dalla Comunità/Unione, la cui attuazione/applicazione è in gran parte lasciata agli Stati membri. Il criterio di distinzione per individuare la normativa nazionale – rientrante nel campo di applicazione del diritto dell'Unione – veniva indicato in quello di una delega in cui gli Stati membri erano agenti della Comunità/Unione.

Subito dopo, il tema assunse uno speciale rilievo in collegamento con il progetto di Costituzione europea. Riflessioni sistematiche sullo scenario dell'incorporazione della Carta nel Trattato-costituzione si confrontarono con una realtà in cui perduravano l'assenza di un suo valore vincolante e la difficoltà ad assumere il ruolo di parametro di legalità in luogo di quello, assai più limitato, di criterio di interpretazione. Al contempo, i primi richiami da parte della Corte di giustizia iniziarono ad evidenziare meriti e potenzialità, tra cui soprattutto la disponibilità di un catalogo generale dei diritti, la relazione flessibile con il concetto di principio generale di diritto dell'Unione, la necessità di uno sviluppo progressivo che non si fermasse alla codificazione dei diritti riconosciuti.

Prima di Lisbona, la Corte di giustizia ha utilizzato la Carta per confermare la convergenza tra i livelli di protezione e rafforzare la portata della formula di cui all'art. 6, comma 2 (ora comma 3) TUE, registrando questa tendenza<sup>25</sup> oppure individuando lo specifico livello comunitario di

<sup>24</sup> *Ex pluribus*: U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2004, p. 72 ss.; I. VIARENGO, *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati*, a cura di G. Adinolfi, A. Lang, Giuffrè, Milano 2006, p. 135 ss.; F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in «Studi sull'integrazione europea», 2007, p. 377 ss.

<sup>25</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten von den Wereld*, in «Raccolta», p. I-03633, punto 45; del 14 febbraio 2008, causa C-450/06, *Varec*, in «Raccolta», p. I-00581, punto 48.

protezione anche tramite il riferimento alla Carta<sup>26</sup>.

Già prima dell'adozione della Carta, la giurisprudenza della Corte si era espressa a favore del giudizio di conformità con i diritti fondamentali, anche per gli atti degli Stati membri che davano attuazione ad una disciplina comunitaria, purché vi fosse un collegamento con il diritto dell'Unione. Non è possibile in questa sede ripercorrere tale giurisprudenza, ma può dirsi in generale che un fattore di collegamento della normativa nazionale con il 'campo di applicazione' del diritto dell'Unione è ritenuto sussistere ogni qualvolta si tratti di esecuzione di una disposizione di diritto dell'Unione, anche quando preveda un ampio margine di discrezionalità per il legislatore nazionale<sup>27</sup>. Le situazioni evocate dalle 'Spiegazioni alla Carta' sono di due tipi. In primo luogo, quella in cui Stati membri attuano le norme comunitarie secondo il 'modello della sentenza *Wachauf*', in cui la Corte esaminò il modo di attuazione di un regolamento istitutivo di un fondo per l'agricoltura<sup>28</sup>. In secondo luogo, quella in cui Stati membri adottano misure nazionali, grazie alle deroghe e alle giustificazioni degli ostacolano la libera circolazione nel mercato interno. Si tratta del 'modello della sentenza *ERT*' sulle misure nazionali nell'esercizio delle deroghe previste dal trattato alla libera prestazione di servizi, ritenute compatibili solo se rispettose dei diritti fondamentali che la Corte assicura.

<sup>26</sup> Ad esempio, sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers Federation c. Viking*, in «Raccolta», p. I-10779, punti 43 e 44; del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval*, in «Raccolta», p. I-11767, punti 90 e 91; del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, in «Raccolta», p. I-00505, in materia di tutela del minore.

<sup>27</sup> Cfr., sul punto, N. NAPOLETANO, *La nozione di 'campo di applicazione del diritto comunitario' nell'ambito delle competenze della Corte di giustizia in tema di tutela dei diritti fondamentali*, in «Il Diritto dell'Unione Europea», 2004, p. 679 ss.; ID., *L'evoluzione della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *La tutela dei diritti umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, a cura di A. Caligiuri, G. Cataldi, N. Napoletano, CEDAM, Padova 2010, p. 3 ss.; K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental European*, in «Constitutional Law Review», 2012, p. 375 ss.; M. SAFJAN, *Areas of Application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union: Fields of Conflict?*, in «EUI Working Papers», 22, 2012; J. KOKOTT, CH. SOBOTTA, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon*, in «EUI Working Papers», 6, 2010.

<sup>28</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 1989, causa 5/88, in «Raccolta», 1989, p. 2609.

### 5. Segue: la giurisprudenza post-Lisbona

Nel percorso costituzionale post-Lisbona<sup>29</sup>, la Carta ha iniziato a dimostrare una speciale flessibilità grazie alla sua natura di codificazione (‘riconoscimento’) del patrimonio dei diritti pre-esistenti riconosciuti da altre fonti<sup>30</sup> e di fonte di rango primario. La Carta diviene parametro diretto per la valutazione della legittimità degli atti di diritto derivato, ma solo quando gli Stati membri agiscono in applicazione del diritto dell’Unione.

L’originalità e complessità del funzionamento della Carta derivano dalle disposizioni generali, che ne disciplinano l’interpretazione e l’applicazione (titolo VII, articoli 51-54 alla fine dell’elenco dei diritti raggruppati intorno ai ‘valori’). L’avvenuta incorporazione della Carta rende evidente che i diritti ivi contenuti «per i quali i Trattati prevedono disposizioni, si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti» (art. 52, par. 2)

<sup>29</sup> *Ex pluribus*: O. POLLICINO, V. SCIARABBA, *La Carta di Nizza oggi, tra ‘sdoganamento giurisprudenziale’ e Trattato di Lisbona*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2008, p. 101 ss.; G. CAGGIANO, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell’asilo e dell’immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in «Studi sull’integrazione europea», 2008, p.105 ss, a p. 121 ss. e ulteriore bibliografia ivi citata; L. DANIELE, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2008, p. 655 ss.; ID., *La protezione dei diritti fondamentali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d’insieme*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 645 ss.; N. PARISI, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 653 ss.; A. BULTRINI, *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e CEDU dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2009, p. 700 ss.; J. ZILLER, *I diritti fondamentali tra tradizioni costituzionali e ‘costituzionalizzazione’ della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in «Il Diritto dell’Unione Europea», 2011, p. 51 ss.; L. TRUCCO, *Carta dei diritti fondamentali e costituzionalizzazione dell’Unione Europea*, Giappichelli, Torino 2013; J.H.H. WEILER, S.C. FRIES, *Une politique des droits de l’homme pour la communauté et l’union européenne: la question des compétences*, in *L’Union Européenne et les Droits de l’Homme*, a cura di P. Alston, Bruylant, Bruxelles 2011, p. 157 ss.; *I diritti fondamentali nell’Unione europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Gianniti, Zanichelli, Bologna 2013; Per una ricostruzione completa dei principali sviluppi relativi alla Carta, cfr. da ultimo, A. DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell’Unione europea con particolare riferimento alla Carta*, in *Spazio europeo e diritti di giustizia. Il Capo VI della Carta dei diritti fondamentali nell’applicazione giurisprudenziale*, a cura di A. Di Stasi, CEDAM, Padova 2014, p. 55 ss.

<sup>30</sup> Come dichiarato nel suo preambolo, le ispirazioni della codificazione si trovano in particolare nelle tradizioni costituzionali, negli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, nei trattati istitutivi, nella CEDU, nelle carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d’Europa, nonché nei diritti riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo.

e che nessuna delle disposizioni in essa contenute può pregiudicare i diritti fondamentali riconosciuti dal diritto dell'Unione, nel proprio ambito di applicazione (art. 53).

Una valutazione del rilievo giurisprudenziale assunto dalla Carta nel post-Lisbona non è operazione semplice. I riferimenti da parte della Corte di giustizia e degli Avvocati generali rispondono a «tecniche differenziate che annoverano anche modalità di richiamo implicito, attraverso il riferimento ad altre decisioni che vi avevano fatto riferimento o anche in senso, per così dire, 'globale', quale criterio di legittimità del diritto europeo»<sup>31</sup>. In generale, l'acquisizione del valore vincolante della Carta affievolisce l'impatto della giurisprudenza CEDU, che è rimasta fonte esterna mentre la Carta è diventata una fonte interna.

Inizialmente nella giurisprudenza post-Lisbona è riscontrabile una sorta di *self-restraint* da parte della Corte di giustizia nell'invocare o nel fare utilizzo della Carta quale parametro di legittimità degli atti nazionali. In alcuni casi la Corte non sviluppa le indicazioni del giudice *a quo*, come ad esempio nella sentenza *Zambrano*<sup>32</sup>; in altri, vi effettua un semplice rinvio formale, come nella sentenza *Dereci*<sup>33</sup>; in altri ancora sviluppa una puntuale analisi, come nella sentenza *Iida*<sup>34</sup>. Tali divergenze di analisi appaiono prevalentemente determinate dalle difficoltà di definire l'ambito di applicazione della Carta da parte degli Stati membri.

In un primo momento, la Corte di giustizia si riferisce alla Carta nell'ambito di una ricostruzione più ampia, in cui viene ripresa ampiamente la corrispondente giurisprudenza CEDU<sup>35</sup>. Successivamente, la Corte esamina in parallelo le norme della Carta e quelle della Convenzione e, una volta verificata la corrispondenza fra le tutele, decide in espresso riferimento

<sup>31</sup> DI STASI, *La tutela dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, cit., p.116.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*, in «Raccolta», p. I-1177, pur essendo richiamati gli articoli 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali nella domanda pregiudiziale.

<sup>33</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e al.*, par. 72.

<sup>34</sup> Alla luce degli artt. 7 e 24 della Carta, cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, spec. punti 78-82.

<sup>35</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, in «Raccolta», p. I-01839, punto 63; del 18 marzo 2010, cause riunite da C-317 a C-320/08, *Allassini*, in «Raccolta», p. I-02213, punto 61; dell'8 settembre 2010, causa C-409/06, *Winner Wetten*, in «Raccolta», p. I-08015, punto 58; del 23 novembre 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, punto 52; del 22 dicembre 2010, causa C-208/09, *Sayn Wittgenstein*, in «Raccolta», p. I-13693, punto 52.

alle disposizioni della Carta<sup>36</sup>. In seguito, i percorsi argomentativi della Corte manifestano una tendenza al richiamo esclusivo alla Carta piuttosto che all'articolato riferimento alle diverse fonti ex art. 6 TUE.

Nell'impossibilità di classificare in questa sede le varianti dell'approccio alla Carta seguito dalla Corte, vale la pena di ricordare due importanti sentenze. In materia di rispetto della vita privata, sotto il profilo del trattamento dei dati personali, la sentenza *Volker und Markus Schecke*<sup>37</sup> opera una vera e propria correzione dell'ordinanza di rinvio dal parametro della CEDU a quello della Carta<sup>38</sup>. Tuttavia, in riferimento alla clausola 'orizzontale' (art. 52, par. 3 della Carta), la Corte conduce l'argomentazione sul binario dell'interpretazione 'parallela' delle corrispondenti disposizioni (articoli 8 CEDU e 7 Carta), valorizzando ampiamente la giurisprudenza della Corte di Strasburgo<sup>39</sup>.

Nella sentenza *McB*, relativa al diritto di affidamento dei figli al padre naturale<sup>40</sup>, la Corte di giustizia interpreta il Reg. 2201/2003<sup>41</sup> alla luce degli articoli 7 e 24 della Carta dei diritti ma sulla base della giurisprudenza CEDU, grazie alla medesima clausola orizzontale<sup>42</sup>.

## 6. L'applicazione agli Stati membri

L'aspetto più discusso è quello dell'ambito di applicazione della Carta

<sup>36</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, C-619/10, punti 52-54; del 6 novembre 2012, C-199/11, *Europese Gemeenschap c. Otis NV e altri*, punti 45-46; del 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda c. Polonia*, punti 36-37.

<sup>37</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 novembre 2010, cause riunite C-92/09 e 93/09, *Volker und Markus Schecke*, in «Raccolta», p. I-11063, punto 39.

<sup>38</sup> Il giudice del rinvio fondava la lesione del diritto sulla violazione dell'art. 8 CEDU, ma la Corte richiama l'art. 6, par. 1 del TUE, affermando che la validità delle norme impugnate «deve essere valutata alla luce delle disposizioni della Carta» (punto 46).

<sup>39</sup> Cfr. punti 51 e 52 per i profili generali e punto 87 per la giustificazione della restrizione al diritto alla protezione dei dati.

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, *McB*, in «Raccolta», p. I-08965, con commento di N. LAZZERINI, *Il controllo della compatibilità del diritto nazionale con la Carta dei diritti fondamentali secondo la sentenza McB*, in «Rivista di diritto internazionale», 2011, p. 136 ss.

<sup>41</sup> Reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il Reg. (CE) n. 1347/2000, *GUUE* L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

<sup>42</sup> Sentenza *McB*, cit., punto 53.

– o l’esegesi dell’art. 51, par. 1 – che distingue fra le istituzioni dell’Unione europea e gli Stati membri, limitatamente all’applicazione del diritto dell’Unione. La *ratio* della disposizione deriva dall’obbligo generale di rispettare i diritti fondamentali che condividono istituzioni europee ed organi nazionali. Questi ultimi non v’è dubbio concorrano sostanzialmente e formalmente a dare attuazione agli atti comunitari/dell’Unione. Pertanto, si tratta di un aspetto della questione della limitazione della competenza della Corte di giustizia sugli atti adottati dagli Stati membri in materia di attuazione del diritto dell’Unione e della tradizionale questione dell’inapplicabilità del diritto dell’Unione alle situazioni puramente interne. Del resto, occorre ricordare che la stessa Carta sancisce l’obbligo del rispetto dei principi di attribuzione e sussidiarietà che incidono rispettivamente sulla delimitazione e sull’esercizio delle competenze conferite dai Trattati.

Al momento dell’adozione del Trattato di Lisbona, era diffusa la preoccupazione negli ambienti politici e accademici circa i possibili effetti dell’applicazione della Carta agli atti degli Stati membri, in ‘collegamento con il diritto dell’Unione’, che avrebbe potuto determinare un rischio di modifica surrettizia del riparto delle competenze tra Stati membri e Unione. A conferma, gli articoli 6, par. 1 TUE e 51, par. 2 della Carta, nonché la Dichiarazione allegata n. 1 (par. 2) stabiliscono che quest’ultima non può determinare in alcun modo un ampliamento, una modifica o l’introduzione di nuove competenze per l’Unione rispetto a quelle definite dai Trattati, né può estendere l’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Solo alla luce di una estrema cautela è possibile spiegare perché fosse necessario enunciare *a contrario* il principio secondo cui le disposizioni della Carta non estendono ‘in alcun modo’ le competenze dell’Unione definite nei trattati.

La Corte di giustizia, in collaborazione con i giudici nazionali, svolge un controllo per accertare che la misura interna in discussione sia collegata o ‘collegabile’ al diritto dell’Unione. La giurisprudenza della Corte ha fatto riferimento alla necessità di un collegamento con il diritto dell’Unione nello sviluppo stesso del concetto di principi generali del diritto dell’Unione.

In generale, la Corte ha chiarito che la nozione di ‘attuazione’ copre non solo i casi di diretta trasposizione del diritto dell’Unione, come nell’ipotesi di una direttiva, ma tutte le misure statali che entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario. Il parametro di congruità delle misure statali da valutare va oltre quello ovvio dello Stato membro che deve attuare le obbligazioni dell’Unione (parametro soggettivo), comprende quello più ampio di operatività del diritto UE (parametro oggettivo). Tuttavia, la Corte ha sempre voluto conservare un’ampia discrezionalità nella definizione del concetto di campo/ambito di applicazione del diritto

dell'Unione, nonché del criterio di collegamento con le situazioni considerate dalle disposizioni del Trattato.

È certo però che la sua giurisprudenza ha chiarito da tempo come 'nell'attuazione del diritto UE' rientrano quelle misure nazionali che diano esecuzione alle discipline dell'Unione<sup>43</sup> o siano adottate in deroga ad una libertà economica fondamentale garantita dal diritto UE<sup>44</sup>. Si può però dire con sicurezza che vi rientrano anche gli atti nazionali che restringono, pur in maniera legittima, la portata di un diritto riconosciuto dall'ordinamento giuridico dell'Unione e la circolazione dei fattori produttivi del mercato, in funzione delle 'esigenze imperative' invocate dallo Stato membro<sup>45</sup>. L'estensione del controllo alle limitazioni (legittime) dei diritti da parte dello Stato membro mira ad evitare che l'esercizio della deroga sottragga indebitamente alcuni atti nazionali al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione.

In prospettiva, la separabilità della legislazione nazionale da quella dell'Unione è destinata a ridursi, a causa dell'evoluzione della giurisprudenza sul principio di non discriminazione e sulla cittadinanza europea. Inoltre, la dottrina dell'incorporazione (per cui l'Unione ha il dominio su normative nazionali che interessano i presupposti per il godimento dei diritti dell'Unione) potrebbe espandere la portata delle competenze dell'Unione europea e, di conseguenza, quella dello scrutinio della Corte sul rispetto dei diritti umani. In questo senso l'Avv. gen. Sharpston, pur riconoscendo la necessità di una nuova esplicita volontà politica al riguardo, ha propugnato lo sviluppo costituzionale dell'Unione europea, suggerendo che il requisito 'dell'attuazione' dovrebbe essere abbandonato in favore di un più chiaro criterio simil-federale: quando l'Unione europea ha una competenza, condivisa o esclusiva, si dovrebbe applicare la Carta, indipendentemente dal fatto che l'UE abbia effettivamente esercitato la sua competenza su una particolare materia<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Cit. *supra*, nota 28.

<sup>44</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, in «Raccolta», p. I-2925.

<sup>45</sup> Sul bilanciamento tra libertà di mercato e diritti fondamentali, cfr. G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno*, in «Studi sull'integrazione europea», 2012, p. 295 ss., specie p. 308 s.

<sup>46</sup> «Rendere l'applicazione dei diritti fondamentali dell'Unione dipendente soltanto dall'esistenza di una competenza esclusiva o condivisa dell'Unione comporterebbe l'introduzione di un elemento apertamente federale nella struttura del sistema giuridico e politico dell'Unione [...]»: conclusioni dell'Avv. gen. Eleanor Sharpston presentate il 30 settembre 2010, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, in «Raccolta», p. I-01177, punti 172 e 173. Di grande interesse l'intera ricostruzione della questione ai punti 156-177.

La ripartizione delle competenze verticali fra Unione e Stati membri ha sempre privilegiato, ad eccezione parziale del diritto della concorrenza, i poteri normativi delle istituzioni europee e quelli attuativi e applicativi degli Stati membri. Lo strumento della direttiva indica, meglio di qualsiasi altra spiegazione, l'interconnessione e l'integrazione dei ruoli delle istituzioni europee e degli Stati membri per certi versi più di quanto avvenga in molti sistemi federali.

Numerosi i casi in cui la Corte ha dichiarato che le misure degli Stati membri non erano in attuazione del diritto dell'Unione e, quindi, non si applicava la Carta.

Nella sentenza *Iida*<sup>47</sup>, ha ritenuto di non poter esaminare la conformità con i diritti fondamentali del diniego di concessione della carta di soggiorno al familiare di un cittadino dell'Unione da parte delle autorità nazionali, in quanto la situazione non rappresentava attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 della Carta.

Nella sentenza *Pringle*<sup>48</sup>, la Corte ha dichiarato che quando gli Stati membri hanno istituito uno stabile meccanismo di risoluzione delle crisi per i Paesi della zona euro hanno agito fuori dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. I trattati non avrebbero conferito alcuna competenza specifica all'Unione europea per stabilire tale meccanismo. Nella sentenza *Fierro e Marmorale*<sup>49</sup>, la Corte ha dichiarato il caso irricevibile in quanto non vi era alcun legame tra le legislazioni nazionali in materia di urbanistica e il diritto dell'Unione. Nella sentenza *Cholakova*<sup>50</sup>, la Corte ha dichiarato che l'arresto da parte della polizia bulgara di una deputata che si era rifiutata di presentare la sua carta d'identità durante un controllo era di natura puramente nazionale, dal momento che l'onorevole non aveva mostrato l'intenzione di lasciare il territorio bulgaro.

In generale può dirsi che la CEDU integra le tutele nelle situazioni interne in cui la Carta non è applicabile<sup>51</sup>. In altri termini, la Convenzione

---

<sup>47</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012, causa C-40/11, *Yoshikazu Iida c. Stadt Ulm*, in particolare punti 78-82.

<sup>48</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle*.

<sup>49</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2013, causa C-106/13, *Fierro e Fabiana Marmorale c. Ronchi e Scocozza*.

<sup>50</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2013, causa C-14/13, *Gena Ivanova Cholakova*.

<sup>51</sup> Ordinanza della Corte di giustizia del 7 novembre 2013, causa C-224/13, *Sergio Alfonso Lorra*, in cui la Corte ribadisce l'inapplicabilità della Carta in una questione (sulle condizioni di salute di un imputato e alla sua partecipazione cosciente al processo) che non contiene «alcun elemento concreto che consenta di ritenere che l'oggetto del procedimento principale riguardi l'interpretazione o l'applicazione di una norma dell'Unione diversa da quelle figuranti nella Carta». A nulla vale richiamare il principio generale del diritto dell'Unione

è destinata ad operare per qualunque controversia sia in discussione, fuorchè quelle relative al diritto dell'Unione per le quali, peraltro, è l'art. 52 della stessa Carta a disciplinare i rapporti fra i due sistemi.

In senso favorevole, tra i casi in cui la Corte ha ritenuto applicabile nel post-Lisbona la Carta ai sensi dell'art. 51, è possibile qui citarne solo uno per ciascuna categoria.

In primo luogo, l'attuazione del diritto dell'Unione copre l'attività legislativa di uno Stato membro e la prassi giudiziaria e amministrativa quando si tratta di adempimento degli obblighi previsti dal diritto comunitario. Nella sentenza *ZZ*, la Corte ha dichiarato che una decisione negativa sulla base della Direttiva 2004/38/CE sulla libera circolazione avrebbe dovuto essere comunicata alla persona interessata<sup>52</sup>, mentre nella fattispecie i motivi della decisione non erano stati resi noti per ragioni di sicurezza nazionale<sup>53</sup>. Una persona ha il diritto di essere informata della decisione dello Stato membro al fine di un equo processo, altrimenti si renderebbe così inefficace il diritto al risarcimento art. 47).

In secondo luogo, la Corte di giustizia ha stabilito che la Carta si applica quando uno Stato membro eserciti un potere discrezionale, in virtù del diritto comunitario. Nella sentenza *Kaveh Puid*<sup>54</sup>, la Corte ha confermato la sua precedente giurisprudenza<sup>55</sup>, statuendo che uno Stato membro non deve trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro inizialmente identificato come responsabile, se ci sono valide ragioni per ritenere che il richiedente si troverebbe ad affrontare un rischio reale di essere sottoposto a trattamenti inumani o degradanti in violazione dell'art. 4 della Carta.

Infine, le misure nazionali legate alla erogazione dei fondi UE nell'ambito della gestione condivisa possono costituire attuazione della legislazione UE. La Corte nella sentenza *Soukupová*<sup>56</sup> ha ritenuto che gli Stati membri sono tenuti, in applicazione del Reg. del FEOGA<sup>57</sup>, a

---

che si ritrova tanto nell'art. 6, par. 1, della CEDU che all'art. 47 della Carta se la fattispecie del rinvio non è disciplinata dall'Unione.

<sup>52</sup> Secondo la Dir. 2004/38/CE, *GUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 77 ss., gli Stati membri possono limitare la libertà di circolazione dei cittadini dell'Unione europea per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica.

<sup>53</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2013, causa C-300/11, *ZZ c. Secretary of State for the Home Department*.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Kaveh Puid*.

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *NS*, in «Raccolta», p. I-13905.

<sup>56</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 aprile 2013, causa C-401/11, *Blanka Soukupová*, punti 26-28.

<sup>57</sup> Reg. (CE) n. 1257/1999 del Consiglio, del 17 maggio 1999, sul sostegno allo sviluppo

rispettare i principi di parità di trattamento e non discriminazione, sanciti dagli articoli 20, 21, par.1 e 23 della Carta. Quando forniscono sostegno al prepensionamento degli agricoltori anziani, gli Stati membri sono tenuti comunque a garantire, nella definizione del concetto nazionale di ‘normale età di pensionamento’, pur in assenza di armonizzazione, la parità di trattamento tra donne e uomini, e a vietare qualsiasi discriminazione per motivi di genere.

Circa la definizione delle misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale (con riferimento ai soggiornanti di lungo periodo disciplinati dalla direttiva 2003/109/CE), la Corte nella sentenza *Kamberaj*, riconosce che rientra nella competenza degli Stati membri, ma chiarisce altresì che questi ultimi soggiacciono al rispetto del par. 3 dell’art. 34 della Carta, che richiama «le modalità stabilite dal diritto dell’Unione e le legislazioni e prassi nazionali»<sup>58</sup>.

Nella sentenza *Fransson*<sup>59</sup> che rappresenta un *leading case*, la Corte ha operato una sorta di ‘rivendicazione’ dei suoi poteri interpretativi sulla Carta. La Corte è stata sollecitata a chiarire se le fattispecie di diritto interno che rispondono agli obiettivi fissati dal diritto dell’Unione costituiscono situazioni in cui viene data ‘attuazione’ al diritto dell’Unione. La questione andava esaminata in relazione al principio *ne bis in idem* (ex art. 50 della Carta). Secondo la Corte, dal momento che sussiste un nesso diretto tra la riscossione dell’IVA e la messa a disposizione del bilancio dell’Unione delle corrispondenti risorse, qualsiasi lacuna nella riscossione a livello nazionale determina un potenziale impatto sul bilancio dell’Unione<sup>60</sup>.

Infine, la questione relativa all’art. 53 della Carta<sup>61</sup> è stata affrontata dalla Corte nella sentenza *Melloni*<sup>62</sup>. Nel caso di specie occorre stabilire

---

rurale da parte del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia (FEAOG) e che modifica ed abroga taluni regolamenti, in *GUCE* L 160 del 26 giugno 1999, p. 80 ss.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 24 aprile 2012, causa C571/10, *Servet Kamberaj*, cit., punto 80.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Aklagaren v. Fransson*, cit., punto 48.

<sup>60</sup> Secondo la Corte l’applicazione del diritto nazionale in tale contesto mira «a sanzionare una violazione delle disposizioni della direttiva [...] e pertanto ad attuare l’obbligo, imposto dal Trattato agli Stati membri, di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell’Unione» (punto 26).

<sup>61</sup> Per un caso singolare questa disposizione richiama – nella numerazione – l’art. 53 CEDU, che sancisce il carattere sussidiario del livello di protezione assicurato rispetto al livello, eventualmente più elevato, garantito dal diritto nazionale o comunque da altro diritto applicabile negli Stati contraenti.

<sup>62</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*. Per un commento, cfr. C. AMALFITANO, *Mandato d’arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali? Note a margine delle sentenze Radu e Melloni della Corte di Giustizia*,

se tale disposizione consentisse allo Stato membro di esecuzione di subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna potesse essere oggetto di revisione nello Stato membro emittente, al fine di evitare una lesione del diritto ad un processo equo e ai diritti della difesa garantiti dalla sua Costituzione. In maniera generale ha escluso che l'art. 53 consentisse ad uno Stato membro di applicare lo *standard* di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando quest'ultimo fosse più elevato di quello derivante dalla Carta e di opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione. Tale interpretazione sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato. È vero che l'art. 53 della Carta consente alle autorità e ai giudici nazionali di applicare gli *standard* nazionali di tutela dei diritti fondamentali quando un atto di diritto dell'Unione richiede misure nazionali di attuazione. Ma ciò «a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»<sup>63</sup>.

### 7. La CEDU e i rinvii alla Carta

In ambito CEDU, il ruolo prioritario in questa evoluzione va riconosciuto alle due istituzioni di garanzia della Convenzione, Corte europea e Comitato dei Ministri<sup>64</sup>. Dopo l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 alla Convenzione, il peculiare sistema di garanzia 'a carattere bicefalo' dispone ora di nuove regole istituzionali e processuali. Il Comitato dei Ministri svolge una funzione di supervisione dell'esecuzione delle sentenze della Corte da parte degli Stati riconosciuti responsabili di una violazione<sup>65</sup>.

---

in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) <[http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/67-/-/2402-mandato\\_d\\_arresto\\_europeo\\_\\_\\_reciproco\\_riconoscimento\\_vs\\_diritti\\_fondamentali/](http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-/67-/-/2402-mandato_d_arresto_europeo___reciproco_riconoscimento_vs_diritti_fondamentali/)> (ultimo accesso 18.04.14).

<sup>63</sup> Punto 60.

<sup>64</sup> Sul funzionamento del sistema convenzionale, cfr. *ex pluribus*, C. ZANGHI, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino 2006<sup>2</sup>; D. HARRIS [*et al.*], *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009<sup>2</sup>.

<sup>65</sup> Cfr. art.46 CEDU.

Particolarmente rilevante appare il suo ruolo quando si renda necessario adottare misure di carattere generale, anche legislativo, per eliminare le condizioni accertate di violazione della Convenzione. L'attività di sorveglianza continua sino al momento in cui il Comitato ritiene sia possibile cancellare la questione dal suo ordine del giorno perché lo Stato ha adempiuto alle obbligazioni derivanti dalla sentenza della Corte<sup>66</sup>.

In forza del Protocollo n. 14, risultano modificati i poteri, l'organizzazione e il procedimento di entrambe le istituzioni della Convenzione<sup>67</sup>. Le modifiche di maggiore rilievo riguardano la possibilità per il Comitato dei Ministri di richiedere alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione di una sua precedente sentenza (quando non appaia del tutto chiara), ovvero sul rifiuto dello Stato di conformarsi alla sentenza stessa, con il risultato di una possibile 'seconda condanna'. Dal punto di vista dell'accesso alla giurisdizione della Corte, sono state apportate importanti modifiche ai meccanismi procedurali, per consentire un trattamento selettivo dei ricorsi e riservare un esame più approfondito ai casi meritevoli<sup>68</sup>. A tal fine, sono stati introdotti criteri per la ricevibilità, anche tramite il riconoscimento di competenza ad un giudice monocratico, che accerta l'esistenza della duplice condizione di uno svantaggio significativo subito dal ricorrente e dell'adeguatezza del previo esame dei giudici nazionali.

Per quanto riguarda la CEDU, occorre ricordare che la legittimazione ad agire per il rispetto dei propri diritti, da parte degli individui davanti ad un'istanza internazionale, dipende dalle regole e dai meccanismi previsti dai trattati internazionali in materia. Nella Convenzione, il ricorrente deve aver subito direttamente le conseguenze dei comportamenti in discussione (art. 34)<sup>69</sup>, mentre resta esclusa la possibilità di azioni collettive basate sulla tutela di interessi generali (*actio popularis*)<sup>70</sup>. I comportamenti devono essere imputabili allo Stato contraente, almeno nella forma di complicità o di mancanza della dovuta diligenza. Tuttavia, la categoria pretoria degli obblighi positivi consente di espandere la tutela a situazioni

<sup>66</sup> Cfr. da ultimo, *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 2009, 3<sup>rd</sup> annual report.

<sup>67</sup> Sul nuovo sistema, cfr. U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo*, in «La Comunità internazionale», 2004, p. 487 ss.; F. SALERNO, *Le modifiche strutturali apportate dal Protocollo n. 14 alla procedura della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2006, p. 377 ss.

<sup>68</sup> Cfr. articoli 26-32 e 35.

<sup>69</sup> Corte EDU, 29 aprile 2008, *Burden v. the United Kingdom*, n. 13378/05, parr. 33-34; Corte EDU, 22 dicembre 2009, *Sejdi and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, nn. 27996/06 e 34836/06, par. 28.

<sup>70</sup> Corte EDU, 29 giugno 2010, *Caron and Others v. France*, n. 48629/08.

in cui il godimento dei diritti è ostacolato da atti dei privati (cd. effetto nei confronti dei terzi)<sup>71</sup>.

La sussidiarietà tra tutela nazionale e garanzia sovranazionale<sup>72</sup> non deriva soltanto dalla regola del 'previo esaurimento delle vie di ricorso interno'<sup>73</sup>, ma anche dal controllo della Corte sull'esistenza di idonei rimedi giurisdizionali negli ordinamenti nazionali.

Nell'ottica della Corte di Strasburgo, l'ipotesi teorica di conflitto tra i due sistemi sovranazionali è quella in cui uno Stato, membro dell'Unione e, al contempo, parte della CEDU, si trovi nella posizione di convenuto dinanzi alla Corte di Strasburgo, per una violazione della Convenzione posta in essere da norme o prassi interne derivate da obblighi di adempimento comunitario/dell'Unione.

Com'è noto, la Corte di Strasburgo sostiene, a partire dalla sentenza *Bosphorus*<sup>74</sup>, l'applicabilità del principio della tutela equivalente. Tale giudizio di compatibilità può essere sempre rivisto, in considerazione di ogni eventuale mutamento delle circostanze, così come delle concrete caratteristiche del caso<sup>75</sup>. È quanto è accaduto nella sentenza *Michaud v. France*<sup>76</sup>, in cui la Corte è tornata ad esprimersi sulla questione in relazione ad una presunta violazione dell'art. 8 CEDU, che sarebbe stata realizzata in attuazione di una direttiva dell'Unione sul segreto professionale e obbligo

<sup>71</sup> Sulla nozione, cfr. B. CONFORTI, *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: the Case-law of the European Court of Human Rights*, in «Italian Yearbook of International Law», 2003, p. 3 ss.; M. HAKIMI, *State Bystander Responsibility*, in «European Journal of International Law», 2010», p. 341 ss.

<sup>72</sup> Da ultimo, J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: Proportionality, subsidiarity and primarity in the European Convention on Human Rights*, Brill, Leiden 2009.

<sup>73</sup> R. PISILLO MAZZESCHI, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, CEDAM, Padova 2001, p. 579 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Giappichelli, Torino 2004, p. 151 ss.; ID., *Il coordinamento tra la nuova condizione di ricevibilità prevista dal Protocollo n. 14 alla Convenzione europea e la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni*, in «Rivista di diritto internazionale», 2005, p. 601 ss.; M.L. PADELLETTI, *Una nuova condizione di ricevibilità del ricorso individuale: il danno significativo subito dalla vittima*, in «Rivista di diritto internazionale», 2006, p. 47 ss.; C. PITEA, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità*, in *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di P. De Sena, V. Zagrebelski, CEDAM, Padova 2012, p. 655 ss.

<sup>74</sup> Corte EDU, 30 Giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim irketi v. Ireland*, n. 45036/98. Su questa decisione cfr. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in «Rivista di diritto internazionale», 2005, p. 762 ss.

<sup>75</sup> Sentenza *Bosphorus*, cit., punti 149 ss.

<sup>76</sup> Corte EDU, 6 dicembre 2012, *Michaud v. France*, n. 12323/11.

di segnalazione di operazioni sospette gravante sugli avvocati nell'ambito della lotta al riciclaggio. La Corte ricorda che gli Stati restano responsabili rispetto alla Convenzione delle misure adottate in esecuzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza ad un'organizzazione internazionale, come l'Unione europea, a cui hanno trasferito una parte della loro sovranità. Qualora l'organizzazione offra una tutela equivalente, è possibile presumere che gli Stati rispettino le esigenze della Convenzione ed evitare di dover giustificare atti di adempimento di obblighi verso l'Unione; ciò non implica il venir meno della vigilanza sulla compatibilità convenzionale degli atti dell'UE (art. 19). Nel caso di specie la 'presunzione di protezione equivalente' non è stata considerata applicabile, in quanto il giudice nazionale competente non aveva effettuato il necessario rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, che non si era ancora espressa in altre occasioni sulla medesima questione. Di qui la necessità di pronunciarsi sull'ingerenza nel diritto alla *privacy* che però in concreto non veniva riconosciuta sussistente nel caso di specie<sup>77</sup>.

Le decisioni della Corte di Strasburgo che fanno riferimento alla Carta riguardano diritti nei confronti dei quali esiste un certo livello di contrasto nella definizione del contenuto e per i quali la Carta offre formulazioni più precise che indicano il grado di consenso raggiunto in materia. Al riguardo esiste ormai una giurisprudenza della Corte di Strasburgo consistente e significativa di un preciso metodo di interpretazione: nella sentenza *Neulinger and Shuru v. Switzerland* essa si riferisce alla Carta (art. 24, co. 2)<sup>78</sup> per argomentare sul supremo interesse del minore; nella sentenza *G.N. v. Italy*, interpreta l'art. 14 CEDU alla luce dell'art. 21 della Carta in relazione al divieto di discriminazione sulla base di caratteristiche genetiche o *handicap*<sup>79</sup>; nella sentenza *Scoppola v. Italy*<sup>80</sup>, richiama l'art. 49 della Carta per meglio precisare il contenuto dell'art. 7 CEDU in tema di retroattività della norma penale di favore; nelle sentenze *Christine Goodwin v.*

<sup>77</sup> Per un'applicazione del giudizio di equivalenza cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2009, *Coöperatieve Producentenorganisatie Van de Nederlandse Kokkelvisserij U.A. v. The Netherlands*, n. 13645/05. Cfr. anche il commento di D. RUSSO, *Una decisione della Corte di Strasburgo verso l'affermazione di un controllo sull'operato della Corte di giustizia*, in «Rivista di diritto Internazionale», 2009, p. 1119 ss.

<sup>78</sup> Corte EDU, 6 luglio 2010, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, n. 41615/07.

<sup>79</sup> Corte EDU, 15 marzo 2011, *G.N. v. Italy*, n. 43134/05, par. 126, nella quale l'art. 14 della CEDU è interpretato alla luce dell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE con riferimento al divieto di discriminazione sulla base di caratteristiche genetiche o *handicap*. Con riferimento alla discriminazione in ragione dell'orientamento sessuale, cfr. invece, per un ragionamento analogo, l'opinione dissenziente dei giudici Bratza, Fuhrmann e Tulkens nella decisione Corte EDU, 26 febbraio 2002, *Frette v. France*, n. 36515/97.

<sup>80</sup> Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola v. Italy*, n. 10249/03, par. 37.

*United Kingdom*<sup>81</sup>, *I. v. United Kingdom*<sup>82</sup> e *Schalk et Kopf v. Austria*<sup>83</sup> procede ad una estensione del diritto alla vita familiare per omosessuali e transessuali, tramite il richiamo all'art. 9 della Carta; nella sentenza *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*<sup>84</sup>, in tema di libertà negativa di associazione sindacale nell'ambito dell'art. 11 CEDU, richiama l'art. 12 della Carta; nella sentenza *Demir v. Turkey*<sup>85</sup>, procede all'inserimento del diritto alla contrattazione collettiva nella tutela dell'art. 11 CEDU grazie al riferimento all'art. 28 della Carta.

L'esame della giurisprudenza della Corte sul contenuto e sulla portata degli obblighi convenzionali richiede particolare cautela, perché occorre tenere a mente che le argomentazioni utilizzate sono collegate alle concrete vicende del ricorso e agli specifici atti nazionali in discussione. Se è vero che la Corte svolge la sua funzione di 'giudice del caso concreto', occorre però sottolineare la sua evidente tendenza ad un'attività interpretativa a più ampio spettro, che la porta a sollevare d'ufficio questioni non proposte dal ricorrente. Anche in assenza di una competenza di interpretazione pregiudiziale, il valore delle sentenze della Corte EDU non può essere limitato al mero accertamento dell'esistenza di violazioni nei singoli casi in esame. Le argomentazioni giuridiche, specie nelle sentenze pronunciate dalla Grande Camera, contribuiscono a chiarire i principi contenuti nella Convenzione, per facilitarne l'osservanza da parte di tutti gli Stati membri. Il carattere vincolante dei 'precedenti' (*stare decisis*) è di grande rilievo nella giurisprudenza della Corte. Tuttavia, quest'ultima presenta un carattere pragmatico, che poggia sul raffronto della fattispecie del ricorso con i precedenti, da cui coglie analogie e divergenze, nella prospettiva costante dell'adattamento alle realtà sociali nazionali ed alla rilevazione di convergenti tendenze europee<sup>86</sup>.

<sup>81</sup> Corte EDU, 11 luglio 2002, n. 28957/95, spec. punti 97 ss.

<sup>82</sup> Corte EDU, 11 luglio 2002, n. 25680/94.

<sup>83</sup> Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk e Kopf v. Austria*, n. 30141/04. Cfr. par. 61: «*Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants' complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State*». Per un commento cfr. G. REPETTO, *Non perdere il proprio mondo: argomenti dei giudici e matrimonio 'same-sex' tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale*, in «Rivista critica del diritto privato», 2010, p. 525 ss.

<sup>84</sup> In particolare, in tale sentenza, il riferimento all'art. 12 della Carta rappresenta il punto di arrivo di un percorso evolutivo accuratamente descritto dalla Corte (punti 33-38 e 66-77) e volto al superamento dei regimi di associazione sindacale obbligatoria vigenti in alcuni Stati membri.

<sup>85</sup> Sentenza *Demir v. Turkey* cit., vedi par. 147 ss., specie 153, determinando il superamento del precedente orientamento.

<sup>86</sup> Cfr. A. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, in «Human Rights Law Review», 2009, p. 179 ss.

## 8. *Le sentenze-pilota*

Un contributo all'effettività del sistema deriva dalla prassi più recente della Corte sulle misure generali o individuali di carattere riparatorio, in aggiunta alle sanzioni pecuniarie<sup>87</sup>. Appare ormai acquisito che l'illecito commesso dallo Stato convenuto fa nascere un obbligo di *restitutio in integrum* e che la soddisfazione pecuniaria del ricorrente (unica sanzione applicata per anni dalla Corte) rappresenta soltanto l'espressione di una politica giudiziaria di auto-limitazione<sup>88</sup>. L'adozione di misure 'individuali' pone fine alla violazione accertata nei confronti del ricorrente, mentre quelle 'generali' eliminano alla radice la causa strutturale, anche legislativa<sup>89</sup>. La nuova politica nasce certamente da una maggiore sensibilità verso la tutela dei diritti umani, ma anche dall'insostenibilità dell'aumento dei 'ricorsi seriali'. Infatti, un numero considerevole di casi presenta ormai carattere ripetitivo rispetto alla medesima fonte strutturale di violazioni (ad esempio violazioni del giusto processo). La Corte europea si limita, in alcune sentenze, ad evidenziare le carenze ordinarie dello Stato convenuto<sup>90</sup>, mentre in altre, che definisce 'pilota'<sup>91</sup>, indica le misure generali che lo Stato deve attuare e decide di sospendere, sino alla loro adozione, la trattazione dei casi simili.

<sup>87</sup> Cfr. R. PISILLO MAZZESCHI, *La riparazione per violazione dei diritti umani nel diritto internazionale e nella Convenzione europea*, in «La Comunità internazionale», 1998, p. 215 ss.

<sup>88</sup> Per un'accurata ricostruzione dell'evoluzione e della situazione attuale, cfr. G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Jovene, Napoli 2009, pp. 118-161 e bibliografia ivi citata.

<sup>89</sup> Alla fine del relativo negoziato, la questione non veniva inserita tra le modifiche del Protocollo 14, dal momento che la procedura era praticabile 'a trattato invariato', cfr. *Committee of Ministers, Resolution on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, 12 maggio 2004 (Res(2004)3).

<sup>90</sup> Corte EDU, 6 marzo 2007, *Scordino v. Italy (no. 3)*, n. 43662/98; Corte EDU (GC), 1° marzo 2006, *Sejdovic v. Italy*, n. 56581/00. Sul tema, cfr. A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2002, p. 618 ss.; A. BULTRINI, *La recente evoluzione del contenzioso 'strutturale' dell'Italia di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2007, p. 430 ss.

<sup>91</sup> In Corte EDU (GC), 22 giugno 2004, *Broniowski v. Poland*, n. 31443/96, par. 189, si precisano le condizioni che possono dar luogo ad una violazione strutturale. I criteri che consentono di definire le sentenze-pilota sono: la definizione esplicita da parte della Corte; l'identificazione di una violazione sistematica; l'individuazione delle misure generali previste nel dispositivo della sentenza (eventualmente con limiti temporali specifici per provvedere ad una soluzione); la possibilità di rinvio per tutti gli altri casi omogenei, per un determinato periodo di tempo, o in attesa della soluzione del problema da parte dello Stato.

La Corte ha aggiunto l'art. 61 al suo Regolamento sulla procedura di sentenza pilota da applicare quando ritenga sussistente una disfunzione sistemica o strutturale che potrebbe dar luogo ad applicazioni analoghe dinanzi alla Corte. Al riguardo, esiste ormai una prassi significativa in materia di trattamenti inumani o degradanti (art. 3)<sup>92</sup>; prolungata non-esecuzione di decisioni giudiziarie e mancanza di ricorsi interni (articoli 6 e 13)<sup>93</sup>; eccessiva lunghezza dei processi e mancanza di ricorsi interni (articoli 6 e 13)<sup>94</sup>; vita privata e familiare (art. 8)<sup>95</sup>; diritto a libere elezioni (art. 3, Prot. 1)<sup>96</sup>; protezione della proprietà (Art. 1, Prot. 1)<sup>97</sup>.

<sup>92</sup> Corte EDU, 10 gennaio 2012, *Ananyev and Others v. Russia*, nn. 42525/07 e 60800/08 (in considerazione della natura fondamentale del diritto in parola, la Corte ha deciso di non rinviare l'esame degli analoghi ricorsi pendenti); Corte EDU, 8 gennaio 2013, *Torreggiani and Others v. Italy*, n. 43517/09.

<sup>93</sup> Corte EDU, 15 gennaio 2009, *Burdov v. Russia (no. 2)*, n. 33509/04; Corte EDU, 28 Luglio 2009, *Olaru and Others v. Moldova*, nn. 476/07, 22539/05, 17911/08 e 13136/07; Corte EDU, 15 ottobre 2009, *Yuriy Nikolayevich Ivanov v. Ukraine*, n. 40450/04;

<sup>94</sup> Corte EDU 2 settembre 2010, *Rumpf v. Germany*, n. 46344/06; Corte EDU, 21 dicembre 2010, *Athanasίου and Others v. Greece*, n. 50973/08; Corte EDU, 10 maggio 2011, *Dimitrov and Hamanov v. Bulgaria*, nn. 48059/06 and 2708/09 e *Finger v. Bulgaria*, n. 37346/05; Corte EDU, 3 aprile 2012, *Michelioudakis v. Greece*, n. 54447/10; Corte EDU, 30 ottobre 2012, *Glykantzis v. Greece*, n. 40150/09.

<sup>95</sup> Corte EDU (GC), 26 giugno 2012, *Kuri and Others v. Slovenia*, n. 26828/06.

<sup>96</sup> Corte EDU, 23 novembre 2010, *Greens and M.T. v. the United Kingdom*, nn. 60041/08 & 60054/08.

<sup>97</sup> Corte EDU (GC), 28 apr. 2008, *Hutten-Czapska v. Poland*, n. 35014/97; Corte EDU, 3 novembre 2009, *Suljagi v. Bosnia and Herzegovina*, n. 27912/02; Corte EDU, 12 ottobre 2010, *Atanasiu and Others v. Romania*, nn. 30767/05 e 33800/06; Corte EDU, 31 luglio 2012, *Manushaqe Puto and Others v. Albania*, n. 54447/10; Corte EDU, 3 settembre 2013, *M.C. and Others v. Italy*, n. 5376/11. In dottrina, vedi B. NASCIMBENE, *Violazione 'strutturale', violazione 'grave' ed esigenze interpretative della convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2006, p. 655 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Violazioni 'strutturali' e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski* in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, p. 5 ss.; *L'incidenza del Diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, a cura di F. Spitaleri, Giuffrè, Milano 2009; P. LEACH [et al.], *Responding to Systemic Human Rights Violations An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and Their Impact at National Level*, Intersentia, London 2010; M. FYRNYS, *Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, in «German Law Journal», 2011, p. 1231 ss.; D. HAIDER, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden-Boston, 2013, *passim*.

### 9. I Protocolli 16 e 17 alla CEDU

Ai fini del bilanciamento degli interessi generali e individuali la Corte EDU ricorre a criteri quali la proporzionalità degli obiettivi perseguiti e la necessità delle deroghe in una società democratica. Il riferimento al principio di sussidiarietà e alla dottrina del margine di apprezzamento trovano ora posto nel preambolo del Protocollo n. 15<sup>98</sup>. In ogni caso, l'interpretazione della Corte non può essere 'imbrigliata' dalle preoccupazioni degli Stati contraenti<sup>99</sup>, se viene garantita l'applicazione del principio di proporzionalità. Il 'margine di apprezzamento' consente uno spazio di flessibilità allo Stato contraente da bilanciare però con l'effettività della tutela dei diritti convenzionali e le esigenze di una interpretazione evolutiva<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> M.L. PADELLETTI, *Il Protocollo n. 15 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: quali prospettive per i ricorsi individuali alla Corte europea?*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2013, p. 761 ss.; C. ZANGHÌ, *I progetti di Protocolli 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista della cooperazione giuridica internazionale», 2013, n. 43, p. 24 ss.

<sup>99</sup> B. CONFORTI, *Osservazioni sulla dichiarazione di Brighton*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2012, p. 649 ss., in specie p. 650 s. Sulla dichiarazione di Brighton e sui negoziati per la conclusione dei due ultimi protocolli alla Cedu adottati, cfr. ampiamente E. NALIN, *I Protocolli n. 15 e 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Studi sull'integrazione europea», 2014, p. 117 ss.

<sup>100</sup> Dall'iniziale riferimento alle deroghe ammissibili in situazioni di emergenza (art. 15), il ragionamento giuridico è stato poi esteso a partire dalla sentenza del 7 dicembre 1976 *Handyside v. United Kingdom* a tutte le norme convenzionali, quale espressione del principio di sussidiarietà ed a tutela dell'identità di ogni società statale. La Corte, nel valutare se l'ingerenza sia proporzionata alla finalità perseguita, riconosce un margine di discrezionalità con riferimento a restrizioni e deroghe ai diritti convenzionali a favore degli Stati contraenti, in ragione della loro prossimità alla situazione in discussione ('sono meglio piazzati' nella relativa valutazione). In dottrina, cfr., tra i tanti, R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Rivista di diritto internazionale», 1991, p. 571 ss.; S. GREER, *The margin of appreciation and discretion under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2000; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Antwerp 2002; F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino 2003, p. 65 ss.; G. LETSAS, *Two Concepts of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 2006, p. 705 ss.; J. GERARDS, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine*, in «European Law Journal», 2011, p. 80 ss.; R. SAPIENZA, *L'interpretazione della Convenzione europea tra margine di apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, a cura di F. Salerno, R. Sapienza, Giappichelli, Torino 2011; M. LUGATO, *Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in «Studi sull'integrazione europea», 2012, p. 359 ss.

Il Protocollo n. 16 attribuisce alla Corte europea la competenza ad emanare pareri consultivi non vincolanti su ‘questioni di principio’ relative all’interpretazione dei diritti protetti dalla CEDU<sup>101</sup>. I giudici di grado più elevato di ogni Stato contraente hanno la facoltà di proporre una richiesta in tal senso in relazione ad un processo dinanzi a loro pendente. Nessun confronto è possibile con la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia per il diverso livello di integrazione nei due sistemi.

La richiesta dei pareri consultivi tende a valorizzare la funzione dei giudici nazionali nell’interpretazione e applicazione della CEDU, attribuendo loro un ruolo attivo, attraverso la prospettazione della soluzione del caso di specie, laddove si presentino incertezze sul margine di apprezzamento in relazione a limiti o deroghe ai diritti convenzionali.

La formula ‘questioni di principio’ sembra ispirata alla *ratio* e alla prassi applicativa della competenza della Grande Camera ex art. 43 CEDU<sup>102</sup>, che può essere adita a seguito della pronuncia di una Camera, se la questione solleva ‘gravi problemi di interpretazione o di applicazione della Convenzione o dei suoi Protocolli’ o riguarda ‘un’importante questione di carattere generale’.

Tra le questioni potenziali rientrano quelle che riguardano un punto sul quale la Corte non abbia avuto mai modo di pronunciarsi, capaci di influenzare la futura giurisprudenza oppure sovvertire quella precedente; nonché questioni che imporrebbero modifiche importanti dell’ordinamento interno o di una prassi amministrativa, oppure evidenziano problemi sistemici o strutturali<sup>103</sup>.

In conclusione, ci sembra prospettabile che il Protocollo n. 16 consenta di richiedere pareri consultivi alla Corte nelle più importanti questioni interpretative o applicative della CEDU – di norma suscettibili di interessare una

<sup>101</sup> Si tratta di meccanismo diverso da quello previsto dagli articoli 47-49 CEDU. Attualmente, un parere consultivo può essere richiesto solo dal Comitato dei Ministri ma, ciò che più conta, restano comunque escluse dal meccanismo in parola le questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai Protocolli: cfr. *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, cit., p. 696 ss.

<sup>102</sup> Doc. GT-GDR-B(2012)013, *The General Practice of the Grand Chamber followed by the Panel of the Grand Chamber when deciding on requests for referral in accordance with Article 43 of the Convention (Court document)*. La Grande camera è competente a statuire anche sulle questioni, oggetto di un ricorso all’esame di una Camera e su remissione di quest’ultima, che sollevino ‘gravi problemi di interpretazione’ della Convenzione o dei suoi Protocolli o la cui soluzione rischi di dar luogo a un contrasto con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte (art. 30 CEDU). Cfr. *Reflection Paper on the Proposal to Extend the Court’s Advisory Jurisdiction* (Corte EDU, doc. n. 3853038).

<sup>103</sup> Rapporto esplicativo del Protocollo n. 11 alla CEDU, par. 100 e 101.

pluralità di Stati – comprese le statuizioni su contenuti e limiti dei diritti convenzionalmente garantiti<sup>104</sup>, così da chiarire gli *standards* di protezione dei diritti umani nell'ambito degli Stati parte della CEDU.

*The protection of human rights in Europe: new developments of case law and institutional changes*

The author considers the main elements relating to the introduction of changes at the institutional level and the case law of the Courts of Luxembourg and Strasbourg, that is directly or indirectly relevant also for the national Courts. He tries to assess whether from these elements it is possible to outline a true system founded on theoretical bases for the protection of fundamental rights at the European level.

---

<sup>104</sup> Nel *Reflection Paper*, cit., par. 31, la Corte ricorda, a titolo di esempio, tre pronunce sulla compatibilità con la CEDU del sistema di Dublino (cfr. Corte EDU (GC), 21 gennaio 2011, *M.S.S. v. Belgium and Greece*, n. 30696/09); del rifiuto di consentire il matrimonio tra persone dello stesso sesso (cfr. Corte EDU, 24 giugno 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, n. 30141/04); o del diniego di accesso alla giustizia causato dall'immunità degli Stati dalla giurisdizione (cfr. Corte EDU (GC), 23 marzo 2010, *Cudak v. Lithuania*, n. 15869/02).

Claudia Morviducci\*

*L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea  
dei diritti dell'uomo: un percorso non ancora concluso*

Ritenuta la più coerente conclusione di un processo diretto alla salvaguardia dei diritti umani all'interno dell'Unione europea, la disposizione del TUE che prescrive l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) non ha ancora trovato attuazione, ancorché i negoziati siano iniziati nel 2010. In realtà, nell'Aprile del 2013 un parziale risultato è stato conseguito, per tramite della presentazione di un progetto di accordo di adesione da parte di un gruppo *ad hoc* di rappresentanti degli Stati membri del Consiglio d'Europa e della Commissione dell'Unione europea.

All'esito di un breve rendiconto dei precedenti storici concernenti l'adesione, il presente contributo esamina il contenuto della proposta di accordo e le principali questioni giuridiche connesse, tratteggiando possibili sviluppi futuri.

*1. La situazione attuale*

Uno dei risultati più significativi raggiunti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è l'inserimento, nel TUE<sup>1</sup>, di una disposizione *ad hoc*, che prevede l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6, par. 2); la procedura da seguire per la conclusione dell'accordo – voto all'unanimità del Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo e accettazione degli Stati membri, secondo le rispettive

\* Claudia Morviducci è Professore di Diritto dell'Unione europea presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, dal 2008, ove insegna anche Politiche europee in materia di asilo e immigrazione. Fa parte del Comitato di redazione della *Rivista di Diritto pubblico e comunitario*.

<sup>1</sup> A seguito della ratifica, avvenuta il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, l'ordinamento dell'Unione europea risulta disciplinato dal Trattato sull'Unione europea (TUE), che contiene le disposizioni principali e dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), che riprende in larga parte il precedente Trattato sulla Comunità europea e determina i settori e le modalità di esercizio delle competenze dell'Unione.

norme costituzionali – è dettata dall'art. 218 TFUE, par. 6 e 8<sup>2</sup>.

Come noto, la questione dell'adesione, prima della CEE e poi della CE, alla CEDU si era posta sin dagli anni '70 e il maggiore ostacolo era stato riscontrato nella mancanza, nel Trattato, di una base giuridica che consentisse la partecipazione a tale sistema di tutela dei diritti dell'uomo. La modifica apportata dall'art. 6, par. 2, TUE è volta a superare tale lacuna; inoltre, per i termini adottati («L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»), sembra additare un percorso vincolato per l'Unione: l'indicativo presente è usato nel TUE, infatti, per enunciare un obbligo, non una facoltà<sup>3</sup>. L'art. 6 par. 2 non si limiterebbe a permettere l'adesione, ma la prescriverebbe, fermo restando, naturalmente, il rispetto delle condizioni poste nelle regole procedurali; tale scelta sarebbe espressione di una diffusa convinzione in ordine alla necessità di una formalizzazione dei rapporti tra Unione e CEDU<sup>4</sup>, al fine di garantire standard di tutela più elevati agli individui e un migliore coordinamento tra i sistemi di protezione dei diritti dell'uomo vigenti in Europa<sup>5</sup>. Del resto, l'intento dei redattori del Trattato di Lisbona di presentare l'Unione europea come un soggetto

<sup>2</sup> Cfr. anche il Protocollo n. 8, relativo all'art. 6, par. 2, TUE sull'adesione dell'Unione alla CEDU.

<sup>3</sup> In questo senso, cfr. *ex multis* *L'Europa in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della Costituzione*, a cura di U. Draetta, A. Santini, Giuffrè, Milano 2008, p. 117 e V. BAZZOCCHI, *Verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU: un negoziato ancora in corso*, in *Corti nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti umani: tre livelli di protezione dei diritti fondamentali* (Atti del Convegno), Roma 6 maggio 2011, Fondazione Basso, in <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&cop=5&cid=593>> (ultimo accesso 12.05.2014). L'indicativo presente è, infatti, usato nel TUE a fini enunciativi (es. artt. 2, 3, 5: «L'Unione si 'fonda' sui valori», «L'Unione si 'prefigge'», «La delimitazione delle competenze dell'Unione si 'fonda'») o prescrittivi (es. artt. 6, par. 1, e 9: «L'Unione 'riconosce' i diritti», «L'Unione 'rispetta' in tutte le sue attività il principio dell'eguaglianza dei cittadini»).

<sup>4</sup> Si pronuncia, invece, contro l'adesione, a causa del complesso meccanismo necessario per metterla in opera, B. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Conforti-Ladhésion-de-l'UE-à-la-CEDH.pdf>>, (ultimo accesso 19.04.2014), ad avviso del quale l'attuale meccanismo di coordinamento tra le due Corti garantisce, di fatto, un sufficiente controllo, tanto più a seguito dell'inserzione della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario dell'Unione, operata dall'art. 6, par. 1, TUE.

<sup>5</sup> Per una puntuale ricostruzione delle ragioni dell'adesione dell'Unione alla CEDU e dei relativi problemi, cfr. per tutti A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2009, p. 668. Per un quadro più vasto della situazione risultante dall'art. 6 TUE, cfr. L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2009, p. 645 ss.

internazionale fondato su una serie di valori, quali il rispetto della dignità umana, della democrazia, dello Stato di diritto e dei diritti dell'uomo (art. 2 TUE), risulta quanto meno rafforzato dalla volontaria sottoposizione dell'Unione stessa, oltre che dei suoi Paesi membri, a un sistema eteronomo di controllo sulla propria azione<sup>6</sup>.

Si comprende, quindi, come la necessità di procedere con urgenza all'adesione sia stata sollevata non appena entrato in vigore il Trattato di Lisbona: già nel dicembre 2009, infatti, il Consiglio europeo, nel c.d. Programma di Stoccolma, indicava la necessità di un'adesione rapida alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>7</sup>.

Può apparire, di conseguenza, singolare che – a distanza di due anni e mezzo dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, come si vedrà, del superamento del problema formale inerente al testo della Convenzione CEDU, che non prevedeva la possibilità della partecipazione di un'organizzazione internazionale, indicando come possibili membri solo gli Stati – il processo di adesione, lungi dall'essere concluso, preveda ancora un lungo *iter*, che presenta ostacoli sia di ordine giuridico che politico. I recenti risultati relativi all'approvazione, in seno a un Comitato misto CEDU-Unione europea, di una bozza di Trattato<sup>8</sup>, se appaiono positivi, in quanto provano la volontà di proseguire tale processo, fanno intravedere le difficoltà di trovare un vero accordo su una vasta serie di questioni, alcune delle quali avanzate anche per nascondere un più ampio scetticismo sull'opportunità stessa di addivenire alla adesione. Rimane, inoltre, probabile, più che possibile, il

<sup>6</sup> Cfr., in ordine a questo aspetto, la risoluzione del Parlamento europeo *Sugli aspetti istituzionali dell'adesione dell'Unione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* del 19 maggio 2010, Doc. 2009/2241 (INI), secondo cui l'adesione, oltre a garantire ai cittadini una tutela contro gli atti dell'Unione pari a quella di cui godono nei confronti del proprio Stato, rafforzerà «la credibilità dell'Unione presso i Paesi terzi a cui, nel quadro dei suoi rapporti bilaterali, essa chiede regolarmente il rispetto della CEDU». Nello stesso senso, cfr. M. KUIJER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, in «Amsterdamlawforum», 2011, p. 18 ss., in <<http://ojs.uvu.vu.nl/alf/article/download/240/428>> (ultimo accesso 13.05.2014), ad avviso del quale «*The EU's accession to the ECHR should not be seen as a form of interference in EU law, but as supplemental to that legal system. What is more, the EU's accession to the ECHR will send a strong signal to third countries (such as China and Iran) that are frequently called to account by the EU in relation to human rights issues. By acceding to the ECHR, the EU will demonstrate that it too is willing to submit to external scrutiny*» (p. 23).

<sup>7</sup> Sottolinea questo aspetto L. DE MATTEIS, *Passi in avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla C.e.d.u.*, in <<http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php?id=83>> (ultimo accesso 12.05.2014).

<sup>8</sup> Per il progetto di accordo, cfr. Doc. 47+1(2013) 008 def.

pericolo che la Corte di giustizia dell'Unione, adita in ordine alla compatibilità del trattato di adesione con le disposizioni del TUE e del TFUE, riscontri delle discrepanze, rendendo necessarie o una nuova negoziazione dello stesso, o una modifica dei Trattati istitutivi, che presuppongono tempi non brevi.

Sembra, quindi, opportuna una verifica dello stato del processo di adesione, che, dopo aver brevemente ricostruito i precedenti storici relativi all'adesione e quanto fatto sinora, esamini il contenuto del progetto di accordo appena presentato e le principali tematiche ad esso connesse, individuando le possibili soluzioni e i probabili sviluppi futuri.

## 2. Dalle prime proposte di adesione al Trattato di Lisbona

L'opportunità dell'adesione della CEE alla Convenzione di Roma del 1950 è stata prospettata per la prima volta in modo ufficiale dal Parlamento europeo in una risoluzione del 27 aprile 1979<sup>9</sup> in cui, in vista della imminente, prima, elezione a suffragio universale diretto, si sottolineava la necessità «di far capire al cittadino della Comunità che i suoi diritti in seno alla Comunità saranno rafforzati»<sup>10</sup> e si chiedeva quindi al Consiglio e alla Commissione di preparare 'senza indugio' tale adesione. Nel quinquennio precedente, del resto, si era avvertita con sempre maggiore urgenza la necessità di garantire non solo per via giurisprudenziale i diritti dell'uomo nelle Comunità<sup>11</sup>; il Parlamento aveva, però, in un primo momento privilegiato lo strumento di un catalogo dei diritti fondamentali, da enunciare in un atto *ad hoc*. La cautela dimostrata dalle altre istituzioni rispetto a un tale atto, di cui erano evidenti le implicazioni,

---

<sup>9</sup> In *GUCE* C 217 del 21 maggio 1979. In realtà, riferimenti all'opportunità di aderire alla CEDU erano già nella relazione presentata il 28 febbraio 1973 dall'onorevole Marigné a nome della Commissione giuridica su una proposta di risoluzione relativa alla salvaguardia dei diritti dei cittadini degli Stati membri nel quadro dello sviluppo comunitario.

<sup>10</sup> Si può sottolineare l'uso dell'espressione 'cittadino della Comunità' tredici anni prima del Trattato di Maastricht.

<sup>11</sup> Infatti, tale sistema presentava degli inconvenienti. Innanzitutto, la mancata predefinizione dei diritti che la Corte di giustizia avrebbe tutelato rendeva incerto l'esito della causa; inoltre, secondo la giurisprudenza della Corte stessa, esistono limiti nella salvaguardia dei diritti fondamentali, in quanto essi non sono concessi senza restrizioni, bensì debbono inserirsi nella struttura e negli obiettivi della Comunità: infatti, vanno sempre considerati nell'ottica della funzione sociale dell'attività tutelata (Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970, *Internationale Handesgesellschaft*, causa C-11/70, in «Raccolta», 1970, p. 1125 ss.).

anche politiche, in ordine allo sviluppo dell'integrazione europea, aveva portato solo all'adozione di una risoluzione comune del Parlamento stesso, del Consiglio e della Commissione del 5 aprile 1977<sup>12</sup> in cui, seguendo la giurisprudenza comunitaria, si affermava che i diritti fondamentali, ivi compresi quelli enunciati nella CEDU, facevano già parte del diritto comunitario a livello primario ed erano, quindi, rispettati nell'attività normativa delle Comunità, senza necessità di indicarli espressamente<sup>13</sup>. Dati gli ostacoli, sia di ordine tecnico che politico, frapposti all'adozione di un *Bill of Rights*, il Parlamento preferì orientarsi verso l'adesione alla CEDU, di cui tutti i Paesi membri erano parte; la Commissione, in un *memorandum* sull'argomento, pur esprimendosi in senso sostanzialmente favorevole, evidenziò le difficoltà sul piano giuridico di una tale adesione e prospettò gli eventuali conflitti di competenza che avrebbero potuto sorgere tra le due Corti<sup>14</sup>.

Rimasta senza esito la proposta del 1979, la questione si è ripresentata a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht sull'Unione europea, che, all'art. F, par. 2, menzionava espressamente l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali quali garantiti dalla CEDU. L'adesione, oltre alla possibilità di meglio garantire la tutela dei diritti dell'uomo nell'ordinamento comunitario<sup>15</sup>, avrebbe comportato anche la soluzione del problema costituito dal fatto che gli Stati membri erano sottoposti al duplice vincolo del rispetto del diritto comunitario e della Convenzione europea, con la conseguente possibilità di trovarsi in conflitto con uno di questi due ordinamenti e di essere convenuti dinanzi ai relativi organi di controllo.

<sup>12</sup> In *GUCE C* 103 del 27 aprile 1977.

<sup>13</sup> Senza alcun seguito è rimasta una proposta più ambiziosa, adottata il 16 novembre dello stesso anno dal Parlamento europeo, volta a modificare i trattati istitutivi per considerarne parte integrante sia la CEDU e i suoi Protocolli, che il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite del 19 dicembre 1966, che, infine, i diritti riconosciuti dalle costituzioni e legislazioni degli Stati membri, nonché a inserire un elenco di diritti da garantire in via prioritaria ai cittadini delle Comunità.

<sup>14</sup> Cfr. Commissione europea, *Memorandum relativo all'adesione delle Comunità europee alla Convenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, adottato il 4 aprile 1979, in «Bollettino CEE», suppl. 2/79. Nel documento, p. 2, si legge che «Il *memorandum* giunge alla conclusione che l'adesione della Comunità europea alla CEDU è auspicabile per molteplici motivi. Nessuna delle difficoltà emerse in questo contesto sembra insuperabile. Data l'importanza dell'azione da intraprendere e la sua complessità, la Commissione ritiene necessario, prima di mettere in moto gli idonei meccanismi istituzionali, suscitare con tutte le istanze interessate un dibattito quanto più possibile approfondito sulla base del presente *memorandum*».

<sup>15</sup> Era, infatti, previsto che aderisse la Comunità europea, non avendo all'epoca l'Unione personalità giuridica internazionale.

Sebbene, infatti, la Corte di giustizia cercasse, sin dal 1974 di garantire la coerenza tra i due sistemi giuridici<sup>16</sup>, la mancata obbligatorietà per le Comunità della Convenzione – che rilevava solo a titolo di principio comune in quanto ratificata da tutti gli Stati membri – rendeva ipotizzabile «un conflitto di lealtà degli Stati verso la Convenzione e verso l’Unione» e costituiva comunque fonte di incertezze, difficoltà e carenze nell’applicazione della CEDU<sup>17</sup>.

Prima ancora di iniziare i negoziati per l’adesione della Comunità alla CEDU, il 30 novembre 1994 il Consiglio ritenne opportuno, ai sensi dell’allora art. 228 TCE, chiedere alla Corte di giustizia un parere sulla compatibilità di tale adesione con il Trattato istitutivo. Nella sua pronuncia del 28 marzo 1996<sup>18</sup> la Corte ha negato la competenza della CE ad aderire alla Convenzione, per carenza di una base giuridica, rilevando, in particolare, che l’art. 235 TCE non rappresentava la base idonea per garantire poteri d’azione sufficienti. L’adesione alla Convenzione avrebbe, infatti, comportato una modifica del TCE, avendo «come conseguenza una modifica sostanziale dell’attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell’uomo, in quanto comporterebbe l’inserimento della Comunità in un sistema istituzionale internazionale distinto, nonché l’integrazione del complesso delle disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo all’interno dell’orientamento giuridico comunitario»<sup>19</sup>.

In seguito a tale pronuncia della Corte, la via dell’adesione alla CEDU è stata abbandonata per alcuni anni a favore dell’elaborazione di una Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>20</sup>, che recepisce anche i diritti enunciati nella CEDU e contenesse norme di raccordo tra i due atti<sup>21</sup>; come

<sup>16</sup> Nella sentenza *Nold* del 14 maggio 1974, causa C-4/73 (in «Raccolta», 1974, p. 491 ss.) per la prima volta la Corte inserì, quale parametro di legittimità degli atti comunitari, oltre ai diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalla costituzioni degli Stati membri «i trattati internazionali in materia di diritti dell’uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito»: il riferimento era, appunto, alla CEDU.

<sup>17</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell’Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti*, in <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=64>> (ultimo accesso 12.05.2014).

<sup>18</sup> Parere 2/94, in «Raccolta», 1996, p. I-1759 ss.

<sup>19</sup> Punto 34. La Corte ha soggiunto che «una siffatta modifica della tutela dei diritti dell’uomo nella comunità, le cui implicazioni istituzionali risulterebbero parimenti fondamentali sia per la Comunità, sia per gli Stati membri, rivestirebbe rilevanza costituzionale [...]. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato».

<sup>20</sup> Per un’analisi, non solo giuridica, ma anche politica delle varie fasi del dibattito sull’adesione alla CEDU e sulle sue conseguenze, cfr. KUIJER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR’S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., pp. 2-10.

<sup>21</sup> Cfr. soprattutto l’art. 52, par. 3, ai termini del quale, laddove «la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti

noto, una prima versione della Carta<sup>22</sup> è stata «solennemente proclamata» dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza il 7 dicembre 2000, senza però essere inserita nei Trattati e avere, così, valore giuridico.

Nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 1° ottobre 2004, si era scelto di inserire nella Parte Seconda il testo della Carta, che diveniva, così, a tutti gli effetti diritto primario dell'Unione e, contemporaneamente, di prevedere anche l'adesione alla CEDU: in tal modo, la Carta avrebbe operato come catalogo dei diritti garantiti dall'Unione, vincolante anche per gli Stati nell'attuazione del diritto comunitario, mentre l'adesione avrebbe garantito un migliore coordinamento tra le Corti e, soprattutto, l'obbligatorietà sul piano del diritto internazionale (e non solo per via di ricostruzione giurisprudenziale) per l'Unione delle disposizioni della Convenzione del 1950. Il Trattato di Lisbona ha in larga parte ripreso questa scelta, pur limitandosi a riconoscere alla Carta lo stesso valore delle norme dei Trattati e senza riprodurla; relativamente all'adesione alla CEDU, l'opposizione latente di taluni Stati trova riscontro non tanto nella procedura aggravata di conclusione del relativo accordo prevista dall'art. 218 TFUE, che richiede, come si è visto, l'approvazione dei Paesi membri secondo le rispettive norme costituzionali<sup>23</sup>, quanto nel Protocollo n. 8, che contiene indicazioni relative al contenuto di tale accordo. Questo, infatti, dovrà garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione<sup>24</sup> – specialmente per quanto concerne la sua partecipazione agli organi di controllo della CEDU e al riparto di responsabilità tra Unione e Stati membri in caso di violazione – e che l'adesione non incida sulle competenze dell'Unione e sulla posizione dei suoi Stati membri rispetto alla Convenzione e ai suoi Protocolli.

---

dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono eguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più vasta».

<sup>22</sup> L'attuale versione della Carta, leggermente modificata rispetto alla precedente, è stata adottata a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

<sup>23</sup> Secondo l'art. 218, par. 8, il Consiglio delibera all'unanimità la conclusione dell'accordo di adesione alla CEDU, ma la relativa decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri. È, quindi, possibile che il diniego (o la mancata pronuncia) di un solo Stato comporti il decadere dell'intera procedura.

<sup>24</sup> L'esigenza di trovare nell'accordo di adesione «modalità atte a preservare la specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione» è affermata anche nella Dichiarazione n. 2 della Conferenza intergovernativa che ha redatto il Trattato di Lisbona (Dichiarazione relativa all'art. 6, par. 2, del Trattato sull'Unione europea). Su tali caratteristiche, cfr. per tutti P. MENGIOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2010, p. 231 ss.

Proprio tali indicazioni, che rappresentano un vero e proprio mandato vincolante per i negoziatori dell'Unione, hanno comportato un complesso lavoro in seno al Comitato incaricato di redigere una bozza di accordo.

### 3. I negoziati

La prima questione che si poneva in ordine all'adesione dell'Unione alla CEDU consisteva nel fatto che, ai sensi dell'art. 59, membri di quest'ultima potevano essere solo gli Stati. Si trattava di un ostacolo testuale per superare il quale, sin dal 13 maggio 2004 e quindi in vista della firma del Trattato sulla Costituzione europea, gli organi della Convenzione avevano adottato il Protocollo n. 14, che, tra l'altro<sup>25</sup>, consentiva la partecipazione anche dell'Unione, prevedendo di emendare l'art. 59, inserendo un par. 2 ai sensi del quale «L'Unione europea può aderire alla presente Convenzione». Solo dopo l'entrata in vigore del Protocollo, il 1° giugno 2010<sup>26</sup>, a seguito delle ratifiche di tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, fu possibile l'inizio formale dei negoziati con l'Unione.

Il 4 giugno il Consiglio diede mandato alla Commissione<sup>27</sup> di negoziare l'accordo di adesione<sup>28</sup>, mentre a sua volta il Consiglio d'Europa chiese al Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDU) di studiare uno strumento giuridico in vista dell'adesione. Questo costituì un gruppo informale di lavoro, composto da esperti, che avrebbe collaborato con la Commissione<sup>29</sup>:

<sup>25</sup> Il Protocollo contiene, altresì, una serie di disposizioni relative alla procedura dei ricorsi individuali, ai giudici, e agli effetti delle sentenze; la norma che modifica i requisiti di partecipazione alla CEDU è l'art. 17.

<sup>26</sup> Il periodo di sei anni che si è reso necessario per l'entrata in vigore del Protocollo testimonia la complessità delle procedure di ratifica e la difficoltà di trovare un accordo unanime tra ben 47 Stati sulle modifiche da apportare alla CEDU.

<sup>27</sup> La Commissione aveva presentato il 17 marzo una raccomandazione contenente i punti più significativi del futuro negoziato: neutralità verso i poteri dell'Unione, neutralità verso gli obblighi degli Stati membri, interpretazione autonoma del diritto comunitario, pari opportunità di rappresentanza dell'Unione negli organi della CEDU; mantenimento delle competenze della Corte di giustizia (M. DI MONTE, *L'adesione dell'Unione alla CEDU: la posizione delle Corti*, in «Sud in Europa», dicembre 2011, p. 24 ss.).

<sup>28</sup> Cfr. Doc (UE) 10817/10.

<sup>29</sup> Tale gruppo era composto di 14 esperti, sette provenienti da Stati membri dell'Unione e sette no. Il Comitato dei negoziatori (14+1, la Commissione) tenne otto incontri nel periodo luglio 2010/giugno 2011, quando presentò un progetto di accordo di adesione con rapporto esplicativo. Sulla composizione del gruppo, cfr. KUIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., p. 25.

il negoziato ebbe inizio il 10 giugno 2010. Da subito, fu possibile riscontrare disparità di opinione all'interno dei Paesi membri dell'Unione (tra i più critici, andavano annoverati soprattutto il Regno Unito e la Francia), ma anche tra questi ultimi e gli altri membri del Consiglio d'Europa. La peculiare natura dell'Unione in quanto organizzazione internazionale e la necessità di salvaguardarne le peculiarità, infatti, risultavano difficilmente compatibili con il principio che l'Unione dovesse essere trattata come le altre parti contraenti della Convenzione. Il gruppo *ad hoc* si pose come obiettivo di concludere il lavoro prima possibile; di conseguenza, fu deciso di adottare un progetto che disciplinasse solo gli aspetti essenziali dell'adesione<sup>30</sup>.

Una prima bozza di trattato<sup>31</sup> fu presentata nel luglio 2011. Tra i risultati conseguiti, va menzionato l'accordo sul fatto di concludere un solo trattato, contenente sia le disposizioni relative all'adesione, sia le modifiche che, a seguito di tale atto, devono essere apportate alla CEDU, come ad esempio l'aggiunta nei vari articoli del termine 'Unione' a quello di 'Alte Parti contraenti'. Sempre nello stesso atto, si prevedeva altresì sia la possibilità per l'Unione di aderire ai Protocolli alla CEDU, che la vera e propria adesione ai Protocolli n. 1 e 6<sup>32</sup>.

Un'altra questione discendeva dal fatto che l'UE non è parte del Consiglio d'Europa, ma la sua adesione alla CEDU comporta necessariamente la presenza di suoi rappresentanti in alcuni organi di quest'ultimo. Una soluzione è stata trovata agevolmente sulle modalità di scelta del giudice proposto dall'Unione europea presso la Corte di Strasburgo: a tal fine si è deciso che l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, competente secondo la CEDU a decidere, sarebbe stata integrata da una delegazione del Parlamento europeo<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> In tal senso, cfr. KUIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., p. 26, secondo cui si decise di preparare «a minimalist accession instrument that regulates only the most essential matters. Matters relating only to the EU Member States or to the EU's internal procedures should in principle be arranged by means of the EU's internal legal instruments (such as a Council Regulation or Decision). In this connection, the EU will want to – and should – ensure that accession does not lead to Treaty amendments (e.g. in relation to the Court of Justice's involvement in Strasbourg proceedings)».

<sup>31</sup> Doc. CDDH-UE (2011)1116 def.

<sup>32</sup> Cfr. veda l'art.1, par. 1, della bozza di accordo. I Protocolli per i quali è prevista l'adesione automatica dell'Unione sono il Protocollo addizionale del 20 marzo 1952, relativo alla tutela del diritto di proprietà e di accesso all'istruzione e obbligo per gli Stati di indire libere elezioni e il Protocollo n. 6 del 28 aprile 1983, relativo all'abolizione della pena di morte. Tali disposizioni sono riprese nel testo del 5 aprile 2013.

<sup>33</sup> Art. 6 dell'accordo. Il numero dei componenti la delegazione dell'Unione corrisponde al più alto di quelli attribuiti agli Stati membri, cioè 18.

Problemi più gravi si sono posti, invece, per due aspetti concernenti la situazione peculiare da riservare all'Unione nell'ambito del sistema istituito dalla Convenzione di Roma del 1950. Il primo era inerente soprattutto<sup>34</sup> al corretto funzionamento degli organi della CEDU e riguardava il voto in seno al Comitato dei Ministri, nel caso di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte sui diritti dell'uomo (art. 46 CEDU) che avessero constatato un'infrazione derivante da un atto dell'Unione o dalla sua attuazione. Si trattava, infatti, di contemperare l'obbligo che, ai sensi dell'art. 34 TUE, incombe sugli Stati membri dell'Unione di conformarsi alle posizioni raggiunte da quest'ultima, con la garanzia di un effettivo controllo sul rispetto dei propri obblighi da parte di ogni parte contraente: una possibile soluzione individuata dai negoziatori per evitare che si creasse una maggioranza precostituita di 28 membri su 48 (27, allora, Stati membri dell'UE più l'Unione), che mettesse quest'ultima in una condizione di vantaggio, prevedeva l'aumento a due terzi dei votanti della maggioranza per le delibere concernenti l'Unione.

Ancora più complesso è risultato rispettare le caratteristiche dell'ordinamento dell'Unione, obbligo cui i negoziatori della Commissione erano tenuti ai sensi sia del Protocollo n. 8 che del mandato del Consiglio. Innanzitutto, si poneva il problema dell'individuazione della Parte convenuta: se l'imputazione all'Unione dell'infrazione della CEDU poteva risultare agevole nel caso, ad esempio, di atti direttamente produttivi di effetti, altrettanto non poteva dirsi per atti di quest'ultima alla cui attuazione partecipassero anche gli Stati, seppur vincolati nel risultato<sup>35</sup>. Lasciare che fosse la Corte dei diritti dell'uomo a dirimere tale questione veniva considerata una possibile intromissione nel riparto di competenze tra Unione e Stati membri. Inoltre, si ripresentava l'annosa questione dei rapporti tra le due Corti. Come è noto, il sistema della CEDU si fonda sul principio di sussidiarietà, a termini del quale la Corte dei diritti dell'uomo può essere adita solo quando si siano esauriti i ricorsi interni predisposti dalle parti contraenti: ove il ricorso verta su un atto adottato dall'Unione, si pone la questione se la Corte di giustizia debba preventivamente pronunciarsi su tale atto e, nel caso, di come garantire l'adempimento alla CEDU.

---

<sup>34</sup> Più in generale, si sono avute diverse frizioni in ordine a come garantire la parità tra tutte le Parti contraenti: la situazione dell'Unione veniva infatti considerata 'privilegiata' rispetto agli obblighi incombenti sugli Stati; anche l'istituto del *co-respondent* su base volontaria, su cui cfr. *infra*, veniva percepito come un compromesso per permettere una partecipazione dell'organizzazione senza assunzione di reali responsabilità.

<sup>35</sup> Su questa tematica, cfr. *infra* par. 4, punto a).

Le proposte avanzate in merito al progetto<sup>36</sup> hanno fatto ampio riferimento ai risultati di lavori e incontri già svoltisi tra le due Corti<sup>37</sup>, individuando risposte anche originali alle varie questioni<sup>38</sup>. Restava, però, irrisolto il nodo principale, derivante dalla partecipazione stessa di un'organizzazione avente le caratteristiche dell'Unione alla CEDU: ambedue le parti, la Commissione da un lato, i rappresentanti del CEDU dall'altro, miravano a mantenere inalterati i principi dei rispettivi sistemi. Quanto si può cogliere dai negoziati è, soprattutto, la convinzione da parte dell'Unione della sua specificità e della necessità di 'piegare' in qualche modo al rispetto di tale specificità le norme della CEDU, nonché la ritrosia, nell'altra parte, a incidere sul sistema convenzionale, al quale tutti gli Stati membri si erano sottoposti *in toto*, per garantire il rispetto delle norme di un altro ordinamento<sup>39</sup>. Questa contraddizione è emersa quando il progetto

<sup>36</sup> Per il testo del progetto, che consta di 12 articoli, cfr. *Steering Committee for Human Rights (CDDH) – Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights*, Doc. CM/Del/Dic (2011)1126/4.1, CM (2011)149.

<sup>37</sup> In particolare, il 17 gennaio del 2011 vi è stato un importante incontro tra i presidenti delle due Corti sulla Carta dei diritti fondamentali e sull'adesione dell'Unione alla CEDU, concluso con una Dichiarazione congiunta. Sulle problematiche relative al controllo sul diritto comunitario e ai rapporti tra le due Corti, i Presidenti avevano concluso che la Corte dei diritti dell'uomo fosse competente a controllare la compatibilità delle norme dell'Unione alla CEDU, distinguendo però tra due ipotesi: in caso di possibili ricorsi diretti contro gli atti dell'Unione, il ricorrente avrebbe dovuto adire preliminarmente la Corte di giustizia e, solo in caso di respingimento del ricorso, le istanze di Strasburgo. Nel caso, invece, di ricorsi contro atti di uno Stato adottati per dare esecuzione a una norma dell'Unione, il ricorrente avrebbe dovuto ricorrere in via preliminare al giudice nazionale, che a sua volta avrebbe potuto (o dovuto, secondo il caso) adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia. In caso di mancato rinvio in via pregiudiziale, i Presidenti ipotizzavano una procedura 'atipica', che permettesse comunque alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla validità dell'atto prima che venisse adita la Corte EDU.

<sup>38</sup> Cfr., ad esempio, la proposta contenuta nell'art. 3 della bozza di accordo che istituisce la figura del *co-respondent* per l'Unione, nel caso in cui uno Stato risulti convenuto per un'infrazione posta in essere nel rispettare obblighi comunitari: in tal caso, si sarebbe superato il problema dell'intromissione della Corte dei diritti dell'uomo nel riparto di competenze tra Unione e Stati membri.

<sup>39</sup> Cfr., per questa difficoltà, il punto 8 del *Rapporto* succitato: «*The draft Agreement [...] aims to preserve the equal rights of all individuals under the Convention, the rights of applicants in the Convention procedures, and the equality of all High Contracting Parties. The current control mechanism of the Convention is, as far as possible, preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties, by making only those adaptations that are strictly necessary. The EU would, as a matter of principle, accede to the Convention on an equal footing with the other Contracting Parties, that is, with the same rights and obligations. It was, however, acknowledged that, because the EU is not a State, some adaptations would be necessary*».

è stato discusso dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in un *meeting* straordinario, il 14 ottobre 2011. Numerosi Stati, anche membri dell'Unione europea, che non aveva raggiunto in proposito una posizione comune ai sensi dell'art. 34 TUE<sup>40</sup>, hanno espresso perplessità o anche formali critiche su taluni punti della bozza di accordo, in particolare sugli articoli 1, 3 e 7; come emerso dalla discussione, peraltro, le obiezioni erano soprattutto politiche e dimostravano che non esisteva ancora un generale accordo sull'adesione dell'Unione alla CEDU e soprattutto sulle sue conseguenze<sup>41</sup>. Si decise, pertanto, che la questione non era ancora sufficientemente matura<sup>42</sup>.

Solo dopo mesi di ulteriori negoziati interni all'Unione, nell'aprile dell'anno successivo si è deciso di riprendere la discussione sulla base della bozza del luglio 2011, cui era stato accluso un elenco di proposte di modifica, e nel giugno la Commissione ha ricontattato i *partners* negoziali di Strasburgo. Il Comitato dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa ha a sua volta costituito un nuovo gruppo *ad hoc*, composto questa volta da rappresentanti dei 47 Stati membri della CEDU (composizione 47+1, la Commissione), come espressamente richiesto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 13 giugno<sup>43</sup>. Il 5 aprile 2013 questo gruppo ha presentato un rapporto conclusivo sui propri lavori che comprende, oltre al progetto di accordo di adesione, con relativo commentario, un progetto della Dichiarazione che l'Unione dovrebbe annettere al testo dell'accordo, un progetto di modifica del Regolamento di procedura del Comitato dei Ministri e infine un modello per il *Memorandum of Understanding* che dovrebbe essere concluso dall'Unione europea con uno Stato terzo allorché

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, punto 9: «*The representative of the European Commission, when presenting the state of discussion at the European Union level stated that there may be a need for further discussion between the member States of the European Union*». I Paesi membri erano, dunque, liberi di assumere posizioni diversificate e «*In the absence of a common position among the European Union member States, some delegations from member States of the European Union informed the CDDH that they were not in a position to express substantive views in the CDDH at the present stage and that more time was necessary for discussion at the European Union level before being able to discuss outstanding issues in CDDH. One of these delegations indicated that it reserved its general position on the drafts and recalled this in particular on Article 1, paragraph 2, letters c to e, on Article 3, paragraphs 2,3 and 7, on Article 7 and on draft Rule*» (punto 11).

<sup>41</sup> Era, ad esempio, paventata da alcuni Paesi membri la possibilità che le espressioni usate nel progetto di accordo comportassero un'equiparazione dell'Unione agli Stati, mutandone, quindi, la natura di organizzazione internazionale.

<sup>42</sup> *Ibid.*, punto 14: «*At the conclusion of this discussion, it appeared that given the political implications of some of the pending problems, they could not be solved at this stage by the CDDH itself nor by the CDDH-UE*».

<sup>43</sup> <[www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Accession\\_documents/2012\\_CM\\_Decision\\_accession\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Accession_documents/2012_CM_Decision_accession_en.pdf)> (ultimo accesso 12.05.2014).

si renda opportuna la partecipazione dell'Unione come *amicus curiae* (art. 36, par. 2, CEDU) in un procedimento instaurato contro un siffatto Stato. Si tratta di un cospicuo pacchetto normativo<sup>44</sup>, per la cui entrata in vigore, oltre alla decisione da parte dell'Unione con le modalità stabilite dall'art. 218 TFUE, è necessaria la firma e (si vedrà, non in tutti i casi) la ratifica da parte di tutti i 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, che non prevede l'apposizione di riserve.

#### 4. La bozza di accordo di adesione

Anche il testo presentato ad aprile consta di 12 articoli e riprende molte delle soluzioni già inserite nella proposta 2011, ma all'epoca non accolte.

Pare opportuno, piuttosto che seguire i vari articoli, individuare tre tematiche principali sulla quali soffermarsi: a) la posizione dell'Unione nel sistema della CEDU; b) il previo esaurimento dei ricorsi interni e il ruolo della Corte di giustizia; c) il coordinamento tra la partecipazione dell'Unione alla CEDU e le disposizioni del suo ordinamento.

##### a) la posizione dell'Unione nel sistema della CEDU

Come si è visto nel paragrafo precedente, l'Unione ha cercato di acquisire una posizione privilegiata tra le altre Parti contraenti la CEDU, mirando – e in larga parte riuscendo – ad ottenere lo *status* di Membro<sup>45</sup> e insieme il riconoscimento delle sue peculiarità: una posizione, è stato scritto, di *primus inter pares*<sup>46</sup>. Quest'ultimo risultato ci pare sanzionato

<sup>44</sup> Cfr. il punto 9 del *Rapporto finale* del gruppo *ad hoc* sull'adesione al Comitato dei Ministri, presentato a Strasburgo dal Comitato dei cittadini per i diritti umani (CCDU) il 5 aprile 2013, in Doc. 47+1(2013) 008: *Fifth negotiation meeting between the CCDH ad hoc group and the EU*, in cui si specifica che tali atti formano un unico pacchetto e sono tutti egualmente necessari per l'adesione, incluso il rapporto esplicativo, in quanto «*all form part of the context underlying the Accession of the EU to the Convention*».

<sup>45</sup> Cfr. art. 1, par. 5, del progetto, ove si indica che tutti i termini indicanti gli Stati o i loro organi o loro funzioni devono ritenersi applicabili anche all'Unione.

<sup>46</sup> Cfr. C. ECKES, *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*, in <<http://ukconstitutionallaw.org/2013/05/02/christina-eckes-one-step-closer-eu-accession-to-the-echr>> del 2 maggio 2013, (ultimo accesso 12.05.2014), p. 3: «*Accession will advance the Union's ambitions as an international actor separate from its Member States. The EU will become a 'state-like' party to the Convention in the sense that it will be 'on equal footing with the other Contracting Parties', which are all states. At the same time, the EU and, in particular*

nell'art. 1, par. 3 e soprattutto par. 4. Il par. 3 afferma, infatti, che l'obbligo per l'Unione di rispettare la Convenzione concerne solo gli atti emanati dalle sue istituzioni ed organi<sup>47</sup> e che l'adesione alla CEDU non comporterà per l'UE alcun obbligo di adottare atti o misure per le quali non risulti competente ai sensi del proprio ordinamento<sup>48</sup>; Il par. 4, invece, è stato aggiunto nel progetto attuale; esso attribuisce, infatti, agli Stati gli atti emanati per dare attuazione alle norme dell'Unione, primarie e derivate e la conseguente responsabilità per violazione della Convenzione. Gli Stati continuano, quindi, a rispondere per i propri atti, anche qualora non dispongano di discrezionalità in proposito; solo nel caso in cui l'infrazione, come accennato, derivi direttamente da un atto dell'Unione, senza alcuna intermediazione statale, l'UE sarà responsabile. Si è così esplicitamente respinta la tesi, pur autorevolmente sostenuta<sup>49</sup>, che

---

*its Court of Justice have been given an exceptional position within the Convention system. From the perspective of the EU, this primus inter pares position appears to be the best solution: having all the duties of states, but more rights and influence – both during the negotiations and before the Strasbourg Court. This special position is a recognition of the EU's particularity and success as an integration organization».*

<sup>47</sup> L'Unione si impegna, quindi, al rispetto della Convenzione relativamente a tutte le sue politiche. È stata posta la questione del se, posto che la Corte di giustizia ha una competenza limitata nei confronti della politica estera e di sicurezza, quest'area fosse sottratta alla vigenza della CEDU, arrivando a conclusioni negative, che sembrano condivisibili. Cfr. KIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., p. 30: «Another question that may arise is whether the EU's accession to the ECHR should cover areas of EU policy that do not come under the jurisdiction of the ECJ. This includes the Common Foreign and Security Policy (CFSP), in relation to which the Court of Justice possesses no jurisdiction, with the exception of certain specific elements. Every party to the Convention is obviously free to make reservations when acceding to the Convention (see also Article 57 ECHR). But reservations 'of a general character' are not permitted under this Article. So the categorical exclusion of an entire area of policy would seem incompatible with the ECHR in its current form, and here too I would favour the European Union being treated, as much as possible, as an 'ordinary' party to the Convention. Where the CFSP is concerned, it should be borne in mind that the Strasbourg Court already considers itself competent, on the basis of its existing case law, to rule on the external actions taken by Member States on the basis of the CFSP».

<sup>48</sup> Cfr. punto 23 dell'*Explanatory Report (Annex V 9 al Final Report cit.)*.

<sup>49</sup> Cfr. per tutti B. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Conforti-Ladhésion-de-l'UE-à-la-CEDH.pdf>>, (ultimo accesso 19.04.2014), p. 4: «On peut [...] se demander s'il ne serait préférable de distinguer entre violations qui découlent d'actes pour lesquels l'Etat membre jouit d'un pouvoir discrétionnaire et actes qui ne le font pas : dans le premier cas se serait seul l'Etat membre la partie défenderesse, pourvu qu'il ait agi dans les limites du pouvoir discrétionnaire ; dans le second ce serait l'UE. Cela entraînerait en outre une simplification des conséquences de la violation déclarée par la Cour, en particulier pour ce qui concerne la réparation pécuniaire prévue par l'art. 41 de la CEDH; en effet le Projet d'Accord ne

proponeva di distinguere, per quanto riguarda l'individuazione del convenuto, tra atti di attuazione del diritto dell'Unione che lascino o meno discrezionalità agli Stati: nel secondo caso, l'imputazione della violazione ricadrebbe sull'Unione. Il tema della responsabilità internazionale delle organizzazioni per atti di Stati membri esula dal presente articolo; si può ricordare solo che, secondo il diritto internazionale generale, gli Stati rispondono delle violazioni di obblighi internazionali poste in essere da propri organi nell'esercizio delle loro funzioni. Il fatto che questi abbiano agito per dare attuazione a «un atto promanante da un'organizzazione internazionale non è, di per sé, sufficiente a precludere il sorgere della responsabilità statale»<sup>50</sup>; secondo il progetto adottato nel 2011 dalla Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità delle O.I., peraltro, questo principio è derogabile in via convenzionale<sup>51</sup>. La scelta operata nel progetto di accordo, di escludere esplicitamente la responsabilità dell'Unione per gli atti 'dovuti' dei propri Membri – esclusione che poteva, del resto, già ricavarsi dalla posizione assunta in casi simili dalla Corte dei diritti dell'uomo<sup>52</sup> – pare dettata da un'istanza tuzioristica di

---

*dit pas lequel entre les co-défenseurs est obligé de réparer ou s'il s'agit d'une obligation solidaire».*

<sup>50</sup> Cfr. S. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, in <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2012/10/Simone-Vezzani-LUnione-europea-e-i-suoi-Stati-membri-davanti-ai-giudici-di-Strasburgo-una-valutazione-critica.pdf>> del 10 ottobre 2012, (ultimo accesso 12.05.2014), p. 3.

<sup>51</sup> Art. 64 del progetto. Non sarebbe, quindi, stata esclusa dal diritto internazionale una partizione delle responsabilità tra Unione e Stati membri per violazione della CEDU ispirata a un diverso criterio: una regola attributiva della responsabilità nel progetto di accordo di adesione, ad esempio, era stata proposta da Gaja «*to the effect that the conduct of a state would be attributed to a Member State when it exercises its discretion and to the EU when the state implements a binding act of the Union to the extent that the act does not leave discretion*» (G. GAJA, *Accession to the ECHR*, in *EU Law after Lisbon*, a cura di A. Biondi, P. Eeckhout, S. Ripley, Oxford, Oxford University Press 2012, p. 190). Su questa proposta e per altre considerazioni sulla questione di una responsabilità diretta dell'Unione per gli atti totalmente vincolati posti in essere dai suoi Stati, cfr. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri davanti ai giudici di Strasburgo: una valutazione critica del meccanismo del co-respondent*, cit., p. 2 ss.

<sup>52</sup> Cfr. punto 24 dell'*Explanatory Report*. Cfr. su questo tema anche S. VEZZANI, *Un altro passo avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, in <<http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=290>> del 29 aprile 2013 (ultimo accesso 9.05.2014), p. 2 ss. Si può notare, in proposito, come la giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo in materia risultasse per certi versi obbligata. Non essendo la CE prima – e l'Unione dopo – parti della CEDU, se gli atti posti in essere dagli Stati per dare attuazione a obblighi derivanti da tali ordinamenti non fossero stati attribuiti a questi ultimi, il ricorrente sarebbe rimasto senza tutela. Una volta intervenuta l'adesione, la giurisprudenza sarebbe potuta addivenire a conclusioni diverse.

‘proteggere’ l’Unione dalle conseguenze degli atti adottati, restringendo moltissimo le ipotesi in cui questa debba rispondere davanti agli organi della CEDU di atti che ne violino le disposizioni<sup>53</sup>. Risulta, quindi, che lo *status* dell’Unione non è totalmente coincidente con quello dei Paesi parti della Convenzione, almeno per quanto concerne il controllo sul rispetto dei propri obblighi.

Per evitare, o almeno limitare, questa posizione di privilegio dell’Unione, si è fatto riferimento, nell’art. 3, all’istituto del *co-respondent*<sup>54</sup>, suggerito per la prima volta nel 2002 dal CDDU con lo scopo precipuo di rispettare l’autonomia del sistema giuridico dell’Unione, non attribuendo alla Corte dei diritti dell’uomo l’onere di decidere a chi, se all’Unione o agli Stati membri, imputare la violazione della Convenzione, attraverso la creazione di un litisconsorzio<sup>55</sup>: quale che fosse il ‘giusto’ convenuto nel caso di un ricorso avente ad oggetto un atto adottato per rispettare un obbligo verso l’Unione, la contemporanea presenza in giudizio dell’Unione e degli Stati avrebbe comunque garantito un adeguato controllo sul rispetto della CEDU. Se quest’ultimo scopo appare ormai per certi versi superato, visti i par. 3 e 4 dell’art. 1 del progetto di accordo, il meccanismo del *co-respondent* garantisce, oltre alla finalità da prima accennata, altri vantaggi. Il primo consiste nel fatto che, se la violazione è accertata dalla Corte dei diritti dell’uomo, convenuto e *co-respondent* risultano *jointly responsible*, a meno che la Corte non stabilisca diversamente (art. 3, par. 7): in tal modo, l’Unione è internazionalmente obbligata a rispettare la sentenza,

<sup>53</sup> Si è, in tal modo, data anche attuazione, nel senso voluto dall’Unione, all’art. 1, par. 2, del Protocollo n. 8, a termini del quale, nell’accordo di adesione, si deve garantire il rispetto del diritto dell’Unione, specie per quanto concerne la garanzia che «i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri e/o all’Unione». Secondo VEZZANI, *Un altro passo avanti verso l’adesione dell’Unione europea alla CEDU*, cit., l’attribuzione agli Stati anziché all’Unione degli atti posti in essere per dare attuazione agli obblighi dettati da quest’ultima non risulterebbe affatto dal diritto dell’Unione, tanto più che giuristi della Commissione europea, spesso in polemica con la Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite, hanno sostenuto a più riprese la tesi di segno opposto, secondo cui i comportamenti degli organi statali sarebbero attribuibili all’Unione, ogniqualvolta essi agiscano per dare attuazione ad un atto europeo che non lasci loro alcun margine di discrezionalità.

<sup>54</sup> Tale istituto opera sia nei confronti dell’Unione, se convenuto è uno Stato membro, che viceversa. Per ovvi motivi, la prima ipotesi, alla quale si fa qui riferimento, è più rilevante.

<sup>55</sup> Cfr. ECKES, *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*, cit., p. 3: «*The co-respondent mechanism permits the ECtHR to refrain from determining who the correct respondent is or how responsibility should be apportioned*». Per un’analisi del meccanismo, cfr. VEZZANI, *L’Unione europea e i suoi Stati membri*, cit., p. 4 ss.

provvedendo, se del caso, ad abrogare o modificare l'atto contestato<sup>56</sup>. Il secondo vantaggio ha natura processuale, in quanto permetterebbe ai privati un più agevole ricorso alla Corte, non essendo essi più tenuti a individuare se sia l'Unione o lo Stato responsabile della violazione: un ricorso contro una di queste parti della Convenzione comporterebbe automaticamente il litisconsorzio dell'altra<sup>57</sup>: una certa elasticità nell'individuazione del convenuto dovrebbe discendere anche dal fatto che, ai sensi dell'art. 3, par. 4, sia l'Unione che lo Stato membro possono chiedere alla Corte dei diritti dell'uomo di cambiare il proprio *status* da convenuto a *co-respondent*.

Il sistema presenta peraltro un inconveniente, in quanto il litisconsorzio è facoltativo: l'Unione può divenire *co-respondent* o spontaneamente o su invito della Corte dei diritti dell'uomo (art. 3, par. 5). La non obbligatorietà per l'Unione di accettare il ruolo di *co-respondent* deriva dal fatto che l'intervento<sup>58</sup> di una Parte contraente non in causa è attualmente previsto solo a titolo facoltativo dall'art. 36 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dal momento che, ai sensi dell'art. 1, par. 4, come si è visto, la violazione della CEDU derivante da atti posti in essere per dare attuazione ad atti dell'UE è attribuita solo agli Stati, l'Unione non assume la veste di convenuta. Essa può, quindi, avere interesse a intervenire nella causa per sostenere che non vi sia incompatibilità tra i propri atti e la Convenzione, ma non può essere obbligata a farlo. Di nuovo, potrebbe qui porsi la questione dell'effettiva parità tra le Parti della Convenzione, data la situazione di obiettivo privilegio dell'Unione. La soluzione è stata trovata inserendo in una Dichiarazione<sup>59</sup>,

<sup>56</sup> Secondo DE MATTEIS, *Passi in avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla C.e.d.u.*, cit., p. 6, infatti, il meccanismo citato garantisce che «in caso di ritenuta violazione da parte della Corte, sia parte del giudizio il soggetto che si trova nella posizione di poter emendare il diritto dell'Unione se la violazione è derivata direttamente da questo». Per considerazioni maggiormente critiche sull'argomento, dovute alla necessità di meglio definire come si divida la responsabilità, nel caso, tra Unione e Stato, e con quali procedimenti la prima debba adeguarsi alla pronuncia della Corte EDU, cfr. VEZZANI, *L'Unione europea e i suoi Stati membri*, cit., p. 7 ss.

<sup>57</sup> Cfr. DE MATTEIS, *Passi in avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla C.e.d.u.*, cit., p. 6; secondo cui tale meccanismo facilita «l'accesso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte dei cittadini senza che questi debbano preoccuparsi se, nel caso concreto, il ricorso vada presentato contro lo Stato membro che ha implementato il diritto dell'Unione o contro l'Unione stessa».

<sup>58</sup> Sul fatto che esista una differenza tra interveniente e *co-respondent*, almeno per quanto concerne i diritti nel processo, vedi però KIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit. 2011, p. 27.

<sup>59</sup> Data la natura dell'atto, una Dichiarazione, il valore di tale impegno, indubbiamente rilevante dal punto di vista politico, non appare vincolante sotto il profilo giuridico. Si tratta, anche in questo caso, di un compromesso che potrebbe non essere accolto da

annessa al progetto di accordo, l'impegno da parte dell'Unione di chiedere di divenire *co-respondent* o di accettare l'invito in tal senso della Corte dei diritti dell'uomo, se si presentano i presupposti dell'art. 3, par. 2<sup>60</sup>.

Con riferimento, invece, alla partecipazione agli organi della CEDU, problemi si sono posti (come in precedenza) per la presenza di un rappresentante con diritto di voto dell'UE nel Comitato dei Ministri<sup>61</sup> e per le conseguenze che l'obbligo, dettato dall'art. 34 TUE ai Paesi membri, di adeguare il proprio voto alle posizioni dell'Unione, potrebbe avere sul funzionamento del Comitato stesso. L'art. 7, fermo restando che si deve assicurare *the effective exercise by the Committee of Ministers for its supervision functions under articles 39 and 46 of the Convention*, distingue due ipotesi: per i casi in cui il Comitato controlla l'esecuzione degli obblighi derivanti da una sentenza di condanna da parte dell'Unione da sola, o dell'Unione insieme a uno o più dei suoi Paesi membri, si dovranno adattare le norme procedurali del Comitato per superare la questione del voto coordinato; nell'altro caso, gli Stati membri dell'Unione sono liberi, ai sensi del TUE, di esercitare liberamente il loro voto. Sembra trattarsi, più che altro, di un compromesso, resosi necessario per le resistenze opposte dagli Stati non membri dell'Unione<sup>62</sup>: in luogo, come previsto nel 2011, di prevedere direttamente nel testo dell'art. 7 una modifica delle norme sulle maggioranze necessarie, si fa rinvio a una norma da aggiungersi al regolamento di procedura<sup>63</sup>. Il vantaggio di tale soluzione consiste nel fatto che tali norme

---

alcuni Stati, soprattutto nella fase di discussione in seno al Comitato dei Ministri o di ratifica nazionale dell'accordo di adesione.

<sup>60</sup> Cioè, se il ricorso proposto contro uno Stato membro dell'UE riguarda una «*question of compatibility with the Convention rights of a provision of the TEU, the TFUE or any other provision having the same legal value pursuant those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under these instruments*».

<sup>61</sup> Il rappresentante dell'Unione voterà nei caso di controllo sull'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, di composizione amichevole delle controversie, di richiesta di pareri facoltativi alla Corte EDU, di ridurre il numero dei giudici, ecc. (artt. 46, 39, 47 e 26 CEDU). Inoltre, l'Unione sarà consultata, insieme al Comitato dei Ministri, nei casi indicati dall'art. 7, par. 3 (cfr. punto 80 dell'*Eplanatory Report*).

<sup>62</sup> Per DE MATTEIS, *Passi in avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla C.e.d.u.*, cit., p. 6, è stato questo aspetto quello maggiormente discusso nell'ultima fase dei negoziati, «in considerazione delle (legittime) preoccupazioni degli Stati non membri dell'UE per la conservazione dell'efficacia e della legittimazione del procedimento di supervisione delle condanne».

<sup>63</sup> Cfr. l'*Annex III, Draft Rule to be added to the Rules of the Committee of Minister for the supervision of the execution of judgement and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party*: è prevista l'inserzione di un nuovo art. 18, che richiama, per l'adozione della decisione relativa al rispetto da parte dell'Unione dell'obbligo di ottemperare alla sentenza di condanna pronunciata della Corte EDU, una presenza

potranno essere emendate dal Comitato stesso senza necessità di rivedere il Trattato di adesione<sup>64</sup>.

*b) il previo esaurimento dei ricorsi interni e il ruolo della Corte di giustizia*

Come è noto, il sistema di controllo della CEDU opera sulla base del principio di sussidiarietà: la Corte dei diritti dell'uomo può essere, di conseguenza, adita solo quando siano stati esperiti tutti gli strumenti di ricorso predisposti dagli ordinamenti interni. L'adesione dell'Unione alla Convenzione pone, quindi, la questione di come tale presupposto debba essere garantito e di quale ruolo assuma la Corte di giustizia. In proposito, i dibattiti sono stati numerosissimi, così come gli incontri tra rappresentanti delle due Corti, volti a trovare un equilibrio tra le rispettive competenze. Se non si può, infatti, negare la competenza della Corte EDU a pronunciarsi sulla compatibilità o meno di un atto dell'Unione, una volta che questa sia parte della Convenzione, resta da determinare come garantire alla Corte di giustizia il rispetto delle proprie competenze e soprattutto di potersi sempre pronunciare in via preventiva sulla validità dei propri atti, anche alla luce della Convenzione.

Sull'argomento si era espressa la Dichiarazione congiunta dei Presidenti delle due Corti del 17 gennaio 2011<sup>65</sup>, che, richiamato il dovere di rispettare, anche per le cause che abbiano ad oggetto atti dell'Unione, il principio sopra citato, ha distinto tra due ipotesi: la prima concerne i ricorsi rivolti direttamente contro atti adottati dall'Unione dopo l'adesione alla CEDU (c.d. ricorsi diretti), l'altra quelli presentati contro atti adottati dagli Stati in attuazione del diritto dell'Unione (ricorsi indiretti). Nel caso dei ricorsi diretti, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni esige che vengano sempre prima adite le istanze giurisdizionali dell'Unione<sup>66</sup>; più

---

di almeno i quattro quindi degli aventi diritto al voto e una maggioranza di due terzi dei votanti, cioè trentadue voti. Inoltre, per evitare che il voto congiunto dell'UE e dei suoi Stati membri blocchi l'adozione degli atti preparatori alla decisione finale, l'art. 18 prevede la possibilità che una minoranza qualificata di dodici o dieci Stati possa adottare le decisioni di cui agli articoli 10 e 11 e quelle relative alle questioni procedurali.

<sup>64</sup> Punto 90 dell'*Explanatory Report*.

<sup>65</sup> 2011 Communication CEDH CJUE, in <[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P\\_72318](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_72318)> (ultimo accesso 23.05.2014).

<sup>66</sup> «Ainsi, il est garanti que le contrôle exercé par la CEDH sera précédé par le contrôle interne effectué par la CJUE et que la subsidiarité sera respectée» (p. 2). La Dichiarazione non si occupa, peraltro, del caso, tutt'altro che infrequente, in cui non sia possibile per un privato adire il Tribunale dell'Unione; la modifica al diritto d'azione delle persone fisiche o

complessa appare la questione dei ricorsi indiretti, in quanto il privato dovrà rivolgersi in via preliminare al giudice interno, il quale, ai sensi dell'art. 344 TFUE, potrà – o dovrà, a seconda dei casi – adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale. Se quest'ultima non viene adita, «*la CEDH serait appelée à se prononcer sur une requête mettant en cause des dispositions dudit droit sans que la CJUE ait eu l'occasion de contrôler la conformité de celui-ci avec les droits fondamentaux garantis par la Charte*»<sup>67</sup>. Per evitare tale conseguenza, la Dichiarazione suggeriva che venisse inserito nell'accordo d'adesione un meccanismo *souple*, che garantisse alla Corte di giustizia di poter sempre effettuare un controllo 'interno' prima di quello, 'esterno', della Corte dei diritti dell'uomo.

Tale suggerimento, tanto nel progetto del 2011 che in quello del 2013, è stato parzialmente<sup>68</sup> accolto, con riferimento al meccanismo di *co-respondent* (art. 3, par. 6).

Nei ricorsi in cui l'Unione sia *co-respondent* e la Corte di giustizia non sia stata previamente adita in via pregiudiziale, infatti, si prevede che le sia concesso un tempo sufficiente per pronunciarsi<sup>69</sup>. Le modalità per instaurare questa procedura, che rischia di prolungare eccessivamente il processo davanti alla Corte dei diritti dell'uomo<sup>70</sup>, non sono enunciate e presupporranno probabilmente una modifica del TFUE, benché l'articolo affermi che le previsioni in oggetto non incidono sui poteri della Corte: si deve infatti stabilire chi e a quale titolo possa adire in via pregiudiziale la

---

giuridiche operata dall'art. 263, par. 4, TFUE non sembra infatti aver risolto in maniera soddisfacente tale lacuna nei mezzi di impugnazione. Assume, quindi, ancora maggior rilievo la questione del ruolo della Corte di giustizia nei ricorsi indiretti, dal momento che il privato sarà costretto a rivolgersi al giudice nazionale per far valere l'invalidità di atti nazionali adottati per attuare il diritto dell'Unione, sempre che tali atti esistano e che siano esperibili rimedi in proposito.

<sup>67</sup> I Presidenti delle Corti hanno aggiunto che poiché «*la procédure préjudicielle ne peut être déclenchée que par les seules juridictions nationales, à l'exclusion des parties, lesquelles sont certes en mesure de suggérer un renvoi préjudiciel, mais n'ont pas le pouvoir de l'imposer [...] le renvoi préjudiciel n'est normalement pas une voie de recours à épuiser par le requérant avant de saisir la CEDH*».

<sup>68</sup> I Presidenti avevano, infatti, richiesto che «*les modalités de la mise en oeuvre d'une telle procédure, qui n'exige pas une modification de la Convention, devraient tenir compte des caractéristiques spécifiques du contrôle juridictionnel exercé respectivement par ces deux juridictions. À cet égard, il importe que la typologie des cas de figure dans lesquels la CJUE peut être saisie soit clairement définie*».

<sup>69</sup> Cfr. *Explanatory Report* cit., punto 66.

<sup>70</sup> In tal senso, cfr. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 5.

Corte di giustizia, nel caso di specie<sup>71</sup>.

Questo sistema, che farà pronunciare la Corte di giustizia sulla compatibilità degli atti dell'Unione con la CEDU, comporta il rischio di un conflitto tra le Corti in caso di valutazioni divergenti<sup>72</sup>. L'ipotesi appare di difficile realizzazione, data la collaborazione instaurata tra i due sistemi giurisdizionali e la cura che la Corte di giustizia metterà per non farsi sconfessare, ma non può essere esclusa: comunque, si otterrà un controllo ancora più attento da parte di quest'ultima sulla compatibilità degli atti dell'Unione con la CEDU, che non potrà che essere positiva.

*c) il coordinamento tra la partecipazione dell'Unione alla CEDU e le disposizioni del suo ordinamento*

Si è visto al punto a) come il progetto abbia tenuto in ampio conto le esigenze di rispettare i caratteri dell'ordinamento dell'Unione, apportando anche modifiche alle norme della CEDU quando emergeva un contrasto: così, per permettere agli Stati membri dell'UE di rispettare l'art. 34 TUE, si è previsto nell'art. 7 un diverso sistema di maggioranza in seno al Comitato dei Ministri. Il ruolo della Corte di giustizia, inoltre, è stato espressamente sottratto dall'art. 5 del progetto alla vigenza degli artt. 35 e soprattutto 55<sup>73</sup> della Convenzione. Non è stata, invece, risolta una questione non irrilevante relativamente alla possibilità, per uno Stato membro,

<sup>71</sup> Per evitare la necessità di modificare i Trattati, KIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., p. 27 ss., aveva suggerito che la Commissione chiedesse alla Corte di giustizia di inviare memorie e altra documentazione alla Corte EDU in ordine alla compatibilità dell'atto comunitario con i diritti dell'uomo tutelati dalla Convenzione, in modo da comporre amichevolmente la questione. Solo se la Corte di giustizia si fosse pronunciata per la compatibilità, la causa davanti alla Corte di Strasburgo sarebbe proseguita.

<sup>72</sup> Ad avviso di ECKES, *One Step Closer: EU Accession to the ECHR*, cit., p. 2, questo meccanismo di coinvolgimento della Corte di giustizia «also justifies involving a court at the EU level before ruling on the compliance of EU law with the Convention. It will certainly force the Court of Justice to deliver in the individual case, rather than being able to hide behind a general presumption of equivalent protection. After receiving the Court of Justice's opinion, the Strasbourg Court will have to scrutinise and rule whether the Convention has been breached. It can only find the specific opinion either correct (offering equivalent protection; no violation) or incorrect (misinterpreting the Convention; violation). It cannot hide behind general considerations of the human rights protection in the EU legal order. The times of Bosphorus are over».

<sup>73</sup> Tale articolo vieta altri «means of dispute settlement». Secondo *Explanatory Report*, punto 74, dunque, si è inteso chiarire che «article 55 of the Convention does not prevent the operation of the rule set out in the article 344 pf the Treaty on the functioning of the European Union».

di promuovere davanti alla Corte dei diritti dell'uomo una causa contro l'Unione<sup>74</sup>. Qui sembrano confliggere due norme. L'art. 33 della CEDU prevede, infatti, che ogni Parte contraente possa adire la Corte EDU per una violazione della Convenzione posta in essere da un'altra Parte contraente; ai sensi dell'art. 344 TFUE, invece, «gli Stati si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dal Trattato stesso» e tale disposizione è stata dichiarata espressamente intangibile dall'art. 3 del Protocollo n. 8. Secondo l'ordinamento dell'Unione, pertanto, solo uno Stato non membro dell'UE o un privato potrebbero sollevare una questione di violazione della CEDU da parte dell'Unione stessa (o di uno dei suoi Paesi membri, per rispettare obblighi derivanti dall'ordinamento dell'UE, ponendo in essere il meccanismo del *co-respondent*). È evidente che gli Stati membri possono attenersi a quanto prescritto dall'art. 344, in quanto il ricorso agli organi della CEDU è una facoltà e non un obbligo, ma l'antinomia si pone<sup>75</sup>; si tratta di un punto su cui la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata a pronunciarsi ai sensi dell'art. 218.

### 5. Le prospettive per l'adesione

Si sono sottolineati i punti salienti del progetto di trattato di adesione, rispetto ai quali persistono ancora dubbi interpretativi e questioni non interamente risolte. Se anche si troverà su questo testo un accordo politico

---

<sup>74</sup> Si pensi al caso in cui uno Stato abbia impugnato davanti alla Corte di giustizia un atto dell'Unione per violazione della CEDU e, avendo visto respinto il ricorso, intenda ottenere che si pronunci l'altra Corte. Per quanto di difficile configurazione, non appare un'ipotesi irrealistica.

<sup>75</sup> Su questo tema, cfr. M. KIJVER, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR'S 60th anniversary or an unwelcome intruder at the party?*, cit., p. 31: «[...] it is not impossible that an EU Member State could submit an application to the Court on the basis of this Article against another EU Member State, or against the EU as soon as the latter has become a full party to the Convention. Is there a need for the workings of this provision to be modified somewhat, partly in the light of Article 344 of the TFEU [...]? Personally, I am not convinced of this. Article 344 does not assign exclusive competence with regard to the settlement of disputes to the Court of Justice. Would the treaties not provide for the settlement of disputes by the European Court of Human Rights once the EU has actually acceded to the ECHR? In my view, the European Union should be treated as much as possible as any other party to the Convention. Should the European Union wish to demand 'party discipline' from the Member States, an accession instrument would not be the appropriate place to regulate this. It could nonetheless be regulated in an internal EU document, if there is a desire to do so».

che ne permetta la firma, comunque il percorso verso una sua entrata in vigore appare ancora lungo e tutt'altro che scontato nel suo esito: ciò a causa, prima ancora che gli Stati inizino le proprie procedure di ratifica, dell'obbligo di rispettare le norme già esistenti nel TUE e nella CEDU.

Infatti, innanzitutto la Corte di giustizia dovrà pronunciarsi in via consultiva, ai sensi dell'art. 218, par. 11, sulla compatibilità dell'accordo di adesione con i Trattati<sup>76</sup>; nel caso in cui riscontrasse un'incompatibilità, si porrebbe la necessità o di procedere a una revisione di questi ultimi o di rinegoziare il testo dell'accordo. L'ipotesi può porsi soprattutto rispetto ai modi con cui garantire che la Corte di giustizia possa esprimersi, nel caso di attivazione del meccanismo di *co-respondent*, sugli atti dell'Unione che si affermano violare la CEDU e rispetto ai quali non abbia già avuto modo di esprimersi. L'art. 3, par. 6 del progetto non è esaustivo sull'argomento, in quanto si limita a prevedere che alla Corte di giustizia verrà lasciato un tempo congruo e che la disposizione in esame non incide sulle competenze della Corte stessa. Al momento, peraltro, la possibilità di adire la Corte di Lussemburgo per ottenerne una pronuncia in un caso del genere non è contemplata: per realizzare il prospettato sistema di coordinamento tra le due Corti si pone, quindi, l'esigenza di adottare norme *ad hoc* che sembrano necessitare di una procedura di revisione del TFUE.

Se la Corte di giustizia si pronuncerà invece in senso favorevole alla compatibilità del progetto con i Trattati, dopo l'emanazione di un parere da parte della Corte di Strasburgo e dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, l'accordo dovrebbe essere adottato dal Comitato dei Ministri e aperto alle firme: non è prevista la presentazione di riserve da parte degli Stati (art. 11 del progetto)<sup>77</sup>. Al momento di apporre la propria firma, l'Unione europea dovrà rendere la Dichiarazione, concordata in sede di negoziato, relativa alla sua intenzione di considerarsi vincolata ad accettare lo status di *co-respondent*<sup>78</sup>, che invece il testo dell'accordo considera facoltativo<sup>79</sup>.

Si dovrebbe, infine procedere, alla ratifica da parte dell'Unione e dei 47

<sup>76</sup> La richiesta del parere preventivo alla Corte è stata annunciata dal rappresentante della Commissione durante l'ultimo incontro del gruppo *ad hoc* ed è menzionata nella relazione finale (punto 8).

<sup>77</sup> Diversa è, invece, la possibilità che l'Unione, al pari delle altre Parti contraenti, presenti delle riserve nei confronti del testo della CEDU e dei suoi allegati (art. 2 del progetto).

<sup>78</sup> Cfr. l'Annesso II, *Draft Declaration by the European Union to be made at the time of the signature of the Accession Agreement*.

<sup>79</sup> Per un'analisi delle varie tappe della procedura per arrivare alla ratifica dell'accordo e una prima valutazione del progetto, Cfr. VEZZANI, *Un altro passo avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 1 ss.

Stati membri del Consiglio d'Europa. Qui si deve operare una distinzione tra gli Stati che sono anche parte dell'Unione e gli altri. L'art. 10 del progetto di accordo, proprio al fine di facilitare le procedure di adesione, prevede la possibilità per gli Stati di vincolarsi anche con la semplice firma<sup>80</sup>. È stato in proposito sostenuto che poiché «l'Accordo si limita a modifiche di natura istituzionale poco incisive e non muta in maniera significativa la posizione degli Stati non membri dell'Unione, è ragionevole ritenere che questi ultimi, nel rispetto dalle proprie norme costituzionali, possano manifestare il consenso a vincolarsi senza dover espletare le complesse procedure interne che precedono la ratifica; procedure che – il Protocollo 14 *docet* – potrebbero ritardare di molto l'entrata in vigore dell'Accordo»<sup>81</sup>. Sembra, peraltro, difficile che gli Stati non membri dell'Unione europea condividano l'opinione che l'accordo di adesione comporti modifiche di scarso rilievo, per le quali basti la semplice firma, tanto più che permangono tuttora, come accennato, dei punti non completamente assodati rispetto ai rapporti tra tali Stati e l'Unione, che potrebbero costituire oggetto di dibattiti parlamentari in sede di discussione sulla ratifica.

La possibilità accennata sembra invece esclusa per gli Stati membri dall'art. 218, comma 8, TFUE, che prescrive che l'Unione possa a sua volta concludere l'accordo solo se previamente i suoi Stati membri lo abbiano 'approvato' in ottemperanza alle proprie norme costituzionali; sebbene nell'articolo non si parli espressamente di ratifica, la rilevanza che all'adesione viene riconosciuta dal Trattato e le implicazioni che comunque questa presenta per l'Unione inducono a ritenere che sicuramente l' 'approvazione' debba avere la forma di un'esplicita ratifica.

I tempi previsti per lo svolgimento di queste diverse tappe procedurali non sono inferiori ai due anni. Nel frattempo, quindi, resterà in vigore il sistema vigente, in cui la CEDU viene applicata dalla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, a termini del quale i diritti riconosciuti dalla Convenzione del 1950 «fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali»<sup>82</sup>. Come specificato dalla Corte stessa, tale sistema non

<sup>80</sup> L'articolo permette agli Stati di scegliere liberamente se impegnarsi solo con la firma o con una successiva ratifica, accettazione o approvazione.

<sup>81</sup> Cfr. VEZZANI, *Un altro passo avanti verso l'adesione dell'Unione europea alla CEDU*, cit., p. 1.

<sup>82</sup> Cfr. L. DANIELE, *La protezione dei diritti fondamentali dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2009, p. 648 ss.. Per un esempio di come la giurisprudenza dell'Unione utilizzi l'art. 6, par. 3, TUE, cfr. ad esempio la sentenza 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine*, causa C- 534/07 P, in «Raccolta», I-7415 ss., punto 112 («Secondo una costante giurisprudenza, e come confermato all'art. 6, n. 3, TFUE, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza. La Corte ha dunque ripetutamente dichiarato che

opera una 'comunitarizzazione' della Convenzione, né impone ai giudici nazionali di disapplicare le norme di diritto nazionale in contrasto con essa<sup>83</sup>, effetto che invece conseguirà dall'adesione<sup>84</sup>.

Rimane invece l'impossibilità, al momento, di un controllo diretto da parte della Corte dei diritti dell'uomo sugli atti dell'Unione. La questione, pertanto, si sposta sull'attribuzione dell'infrazione della CEDU agli Stati membri che danno attuazione a tali atti. In proposito, da alcuni anni vige la c. d. 'presunzione *Bosphorus*' o principio dell'equivalenza, dalla sentenza<sup>85</sup> con cui la Corte EDU ha stabilito che il sistema giuridico dell'Unione offre una 'garanzia equivalente' di protezione dei diritti dell'uomo a quella offerta dalla CEDU, con la conseguenza che si deve presumere, salvo manifeste violazioni, che uno Stato rispetti la Convenzione quando dà attuazione agli obblighi derivanti dalla sua partecipazione all'Unione<sup>86</sup>.

---

il rispetto dei diritti della difesa nel corso dei procedimenti amministrativi in materia di politica della concorrenza costituisce un principio generale del diritto dell'Unione [...]».

<sup>83</sup> Cfr. la sentenza del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, secondo la quale: «Ai sensi dell'art. 6, par. 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (...) Tuttavia, l'art. 6, par. 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale» (punti 59 ss.).

<sup>84</sup> Una volta ratificata dall'Unione, infatti, la CEDU diventerà parte dell'ordinamento di quest'ultima, assumendone le caratteristiche. In tal senso, cfr. per tutti U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Cacucci, Bari 2013, p. 256.

<sup>85</sup> Sentenza *Bosphorus c. Irlanda*, del 30 giugno 2005, n. 45036/98.

<sup>86</sup> Cfr. V. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea dei diritti*, in <<http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=64>> (ultimo accesso 12.05.2014), p. 4. Ad avviso dell'autore, tale sentenza sarebbe stata dettata alla Corte dall'intento di facilitare la posizione degli Stati membri dell'Unione, limitando l'area in cui il conflitto tra realtà diverse ha occasione di manifestarsi. Ancora più chiaramente sulla nozione di equivalenza, cfr. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 2: «Pour ce qui est des actes communautaires dont l'exécution ne laisse aucune marge de discrétion aux Etats membres de l'EU la Cour semble se préoccuper que l'Etat peut être mis devant l'alternative de violer ou bien une obligation de droit communautaire ou bien une obligation découlant de la CEDH, lorsque les deux obligations sont en conflit. C'est alors que la Cour EDH invente le principe d'équivalence, un principe que, d'autre part, elle applique à toutes les organisations internationales au nom du bon fonctionnement de celles-ci. La Cour affirme en particulier: que le droit de l'UE prévoit une tutelle des droits de l'homme équivalente, bien que non identique, à celle de la CEDH; que pourtant il est à présumer que l'Etat dont le comportement est

Una recente sentenza del 13 marzo 2013, *Michaud c. Francia*<sup>87</sup> ha puntualizzato la giurisprudenza *Bosphorus* sotto due aspetti: innanzi tutto, ha ribadito che la presunzione opera solo nei confronti dei regolamenti, cioè degli atti rispetto ai quali gli Stati non godono di alcuna discrezionalità nel rispetto dell'obbligo<sup>88</sup> e non per le direttive, come nel caso di specie. Inoltre, cosa che non era avvenuta nel caso *Michaud*, il cui ricorso era stato respinto dal Consiglio di Stato francese il 10 aprile 2008 senza che fosse stata adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia<sup>89</sup>, è necessario che il sistema di controllo posto in essere dall'ordinamento dell'Unione europea sia stato pienamente rispettato<sup>90</sup>; questo secondo aspetto è considerato prevalente nella sentenza. Se ne può ricavare l'intenzione, da parte della Corte dei diritti dell'uomo, di indicare un obbligo, per le Corti nazionali di ultima istanza, di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia per l'interpretazione di atti che incidano sui diritti fissati dalla CEDU, affinché tutti i meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo siano esperiti prima che sia resa una sentenza definitiva<sup>91</sup>. Sembra quindi instaurarsi, in via giurisprudenziale e prima che si proceda all'adesione, un sistema tramite il quale la Corte di giustizia viene necessariamente coinvolta in un esame della compatibilità dei propri atti con le disposizioni della Convenzione.

La collaborazione tra le Corti, autorevolmente auspicata e affermata<sup>92</sup>, che si ottiene in tal modo, presuppone che la Corte di giustizia segua, nella sua pronuncia, criteri condivisi dalla Corte EDU; in caso contrario, per garantire la tutela dei diritti del ricorrente la Corte di Strasburgo si troverebbe nella condizione, sinora evitata, di dover affermare l'incompatibilità con la CEDU di un atto dell'Unione dichiarato, invece, legittimo dalla

---

*conforme au droit de l'UE ne viole pas la CEDH; que pour que le critère ne soit pas applicable il faudrait se vérifier un cas de protection de la part de l'UE manifestement insuffisante».*

<sup>87</sup> Ricorso 12323/11. Il ricorrente faceva valere l'incompatibilità con l'art. 8 della CEDU della legge 11 febbraio 2004 che dava attuazione alla direttiva 2001/97/CE contro il riciclaggio di denaro sporco nella parte in cui impone l'obbligo, sanzionabile, per gli avvocati di violare il segreto d'ufficio in caso di sospetto sulla provenienza del denaro.

<sup>88</sup> Cfr. par. 113 della sentenza.

<sup>89</sup> In realtà, la Corte di giustizia era stata adita in merito alla compatibilità della direttiva in esame con la CEDU, ma sotto il profilo dell'art. 6, non dell'art. 8 (cfr. sentenza del 26 giugno 2007, causa C-305/05, *Ordre des barreaux francophone et germanophone*).

<sup>90</sup> Cfr. par. 114 s.

<sup>91</sup> Tale richiesta era già implicita nella sentenza *Bosphorus*, ma appare ormai una condizione per la ricevibilità del ricorso. La Corte dei diritti dell'uomo, infatti, sembra qui suggerire una nuova nozione di 'previo esaurimento dei ricorsi interni', inserendo tra questi il ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia.

<sup>92</sup> A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee, principi comunitari e c.d. controlimiti*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2007, p. 734 ss.

Corte di Lussemburgo. L'ipotetico conflitto tra i due diversi ordinamenti cui gli Stati membri sono vincolati non trova al momento soluzioni, se non nella cautela con cui la Corte EDU ha affrontato la questione<sup>93</sup>; l'adesione dell'Unione alla CEDU sembra costituire la soluzione migliore e più logica per risolvere il problema, ma una sua procrastinazione *sine die* potrebbe indurre la Corte dei diritti dell'uomo a un mutamento giurisprudenziale, con conseguenze gravi anche per il processo di integrazione europea e per il riconoscimento negli Stati membri del primato del diritto dell'Unione.

### *The European Union's accession to the ECHR: unresolved issues*

Evaluated as the most suitable conclusion of a process aimed at enhancing respect for human rights within the EU, the rule of the EU Treaty which provides for the accession of the EU to the ECHR is still not implemented, even though negotiations started in 2010. Indeed, in April 2013 a partial achievement was reached with a draft accession agreement by an ad hoc group of delegates of Member States of the Council of Europe and the EU Commission. After a brief account of historical precedents concerning the accession, this paper addresses the contents of the draft agreement and main related issues, identifying possible future developments.

---

<sup>93</sup> Per la dottrina che si riferisce, in proposito, ad un *self restraint* della Corte europea dei diritti dell'uomo, cfr. per tutti CONFORTI, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit., p. 2.



Alfonso Celotto\*

*Convenzione europea dei diritti dell'uomo e/o  
Carta dei diritti fondamentali*

Il lavoro esamina gli argomenti a favore della cooperazione tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione europea ed analizza gli elementi sintomatici di possibili conflitti, sia a livello normativo che giurisprudenziale, che si possono ricondurre alla diversità genetica e funzionale tra i due sistemi. L'autore sottolinea tuttavia che elementi ricavabili dall'origine e dall'evoluzione giurisprudenziale dimostrano la capacità delle due Corti di affrontare con maestria le questioni più complesse e problematiche relative alla tutela dei diritti fondamentali, sorte in un quadro talvolta privo di coerenza e linearità.

*1. Premessa*

Il tema a me assegnato può essere affrontato in un'ottica di diritto interno o in un'ottica di diritto sovranazionale. Nel primo approccio, si tratta di valutare l'impatto sul diritto interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (proclamata nel 2000 come Carta di Nizza), per studiare la portata di questi Atti europei sulla tutela nazionale dei diritti. Nella seconda si sposta l'ottica verso una valutazione del piano sovranazionale, per determinare le interferenze, le sovrapposizioni o i conflitti.

Ho preferito questo secondo approccio, che affronterò in un'ottica dialettica. Infatti, nel riflettere sulla problematica, mi sono accorto che il punto

---

\* Alfonso Celotto è Professore ordinario di Diritto costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e docente di Diritto pubblico comparato nella Facoltà di Giurisprudenza della LUISS. È *visiting Professor* della U.B.A. – Universidad de Buenos Aires; della Università di Varsavia e dell'Università Mc Gill di Montreal. Coordina il Consiglio di redazione della rivista *Giurisprudenza Costituzionale* e di [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) e fa parte del Comitato di direzione della rivista *Giurisprudenza Italiana*. È condirettore del *Dizionario di diritto pubblico* – Giuffrè editore. Coordina il *Commentario alla Costituzione* – UTET editore. Dirige il *Digesto delle discipline pubblicistiche* – UTET editore.

nodale risiede nella congiunzione con cui si sceglie di legare le due Carte.

Stavo riflettendo sul tema, quando mi sono reso conto che il punto nodale della riflessione a me assegnata sta nella ‘congiunzione’ presente nel titolo: Convenzione europea dei diritti dell’uomo ‘e’ Carta di Nizza oppure Convenzione europea dei diritti dell’uomo ‘o’ Carta di Nizza?

Congiunzione aggiuntiva o congiunzione disgiuntiva? Parallelismo o divergenza? Concorrenza o conflitto?

Il mio non vuol essere un esercizio teorico ermeneutico, ma il tentativo di verificare sul campo gli argomenti in un senso e nell’altro.

## 2. ‘E’ – per una lettura congiunta

### *A1 – evoluzione dei processi istitutivi*

La CEDU e la Carta di Nizza nascono in contesti profondamente diversi.

La prima è un trattato internazionale che, redatto dal Consiglio d’Europa, risale al 1950. La seconda, inizialmente proclamata da Parlamento, Commissione e Consiglio europeo nel 2000 e poi, una seconda volta, riproclamata nel 2007, con un valore meramente politico, ha acquisito efficacia giuridica soltanto dal primo dicembre 2009, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Si ricorre a tali documenti nell’ambito di processi che, per quanto incidenti in un analogo ambito geografico, sono del tutto distinti e tra loro non comunicanti. D’altra parte, anche le stesse Corti di Strasburgo e Lussemburgo, rispettivamente competenti ad affrontare tutte le questioni concernenti l’interpretazione e l’applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli, l’una, e a verificare il rispetto dei diritti garantiti dalla Carta di Nizza, nell’esercizio della sua competenza istituzionale, volta ad assicurare il rispetto del diritto UE nell’interpretazione e nell’applicazione dei Trattati, l’altra, nascono con logiche funzionali completamente diverse, per scopi ed esigenze profondamente differenti.

Con il passare del tempo, però, l’evoluzione del processo costituente europeo e soprattutto il cammino percorso dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo hanno fortemente attenuato la rigida distinzione tra ‘Europa dei diritti’ e ‘Europa del commercio’. Il passaggio epocale che ha progressivamente trasformato l’Unione europea solo economica in un’Unione politica e di diritti ha avvicinato, non senza sovrapposizioni e conflitti, le due Carte, geneticamente così diverse, e soprattutto le rispettive

Corti, competenti a garantirne l'applicazione.

*A2 – avvicinamento geografico*

Interessante notare l'analoga progressiva espansione territoriale dei due documenti che esplicano efficacia giuridica in un ambito geografico piuttosto ampio e spesso coincidente.

La CEDU, originariamente firmata dai 12 Paesi al tempo membri del Consiglio d'Europa, è attualmente stata ratificata dagli attuali 47 Stati membri.

La Carta di Nizza, a seguito dell'ampliamento dell'Unione europea, oggi si applica in 28 Stati<sup>1</sup>.

*A3 – avvicinamento contenutistico*

Gli elementi comuni tra CEDU e Carta di Nizza, a livello contenutistico, emergono con chiarezza da un raffronto testuale dei due documenti.

Già nel preambolo si legge che «[...] 'La presente Carta riafferma', nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione e del principio di sussidiarietà, 'i diritti derivanti' in particolare dalle tradizioni costituzionali e dagli obblighi internazionali comuni agli Stati membri, 'dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali', dalle carte sociali adottate dall'Unione e dal Consiglio d'Europa, nonché dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo».

La possibile sovrapposizione tra i due documenti ha reso indispensabile la previsione di importanti 'linee guida' per raccordare e indirizzare l'interprete nel coordinare la Carta con il sistema europeo di protezione dei diritti garantito dalla preesistente CEDU.

Ecco allora che nell'art. 52, co. 3, si legge che «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, 'il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione'. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». La *ratio* sottesa a tale disposizione è quella di «assicurare necessaria coerenza tra la Carta e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo», garantendo il rispetto degli

<sup>1</sup> Si rammenta però che il Protocollo n. 30 allegato al Trattato di Lisbona, sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito, limita l'interpretazione della Carta da parte della Corte di giustizia e dei tribunali nazionali dei due Paesi, in particolare per quanto riguarda i diritti relativi alla solidarietà.

«standard stabiliti dal regime particolareggiato delle limitazioni previsto nella CEDU», senza però pregiudicare «l'autonomia del diritto comunitario e della Corte di giustizia delle Comunità europee»<sup>2</sup>.

Al fine di escludere poi che la Carta potesse in qualche modo sostituirsi o sovrapporsi alle varie forme di protezione dei diritti fondamentali ed in specie alla tutela garantita dalla CEDU, l'art. 53 sancisce che «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti», nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, «dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», e dalle costituzioni degli Stati membri».

<sup>2</sup> In tal senso, si vedano le spiegazioni del *Presidium* incaricato nel 1999 di redigere il progetto di Carta dei diritti fondamentali, in <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473\\_it.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_it.pdf)> (ultimo accesso 20.04.2014), p.48. Si segnala che tra gli articoli della Carta, ve ne sono alcuni che hanno significato e portata identici agli articoli corrispondenti della CEDU: l'art. 2 corrisponde all'art. 2 della CEDU; l'art. 4 corrisponde all'art. 3 della CEDU; l'art. 5, par. 1-2 corrisponde all'art. 4 della CEDU; l'art. 6 corrisponde all'art. 5 della CEDU; l'art. 7 corrisponde all'art. 8 della CEDU; l'art. 10, par. 1 corrisponde all'art. 9 della CEDU; l'art. 11 corrisponde all'art. 10 della CEDU, fatte salve le restrizioni che il diritto comunitario può apportare alla facoltà degli Stati membri di instaurare i regimi di autorizzazione di cui all'art. 10, par. 1, terza frase della CEDU; l'art. 17 corrisponde all'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, l'art. 19, par. 1 corrisponde all'art. 4 del Protocollo addizionale n. 4; l'art. 19, par. 2 corrisponde all'art. 3 della CEDU nell'interpretazione datagli dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; l'art. 48 corrisponde all'art. 6, par. 2 e 3 della CEDU; l'art. 49, par. 1 (eccettuata l'ultima frase) e par. 2 corrisponde all'art. 7 della CEDU. Altri hanno significato identico agli articoli corrispondenti della CEDU, ma la portata è più ampia: l'art. 9 copre il campo dell'art. 12 della CEDU, ma il suo campo d'applicazione può essere esteso ad altre forme di matrimonio eventualmente istituite dalla legislazione nazionale; l'art. 12, par. 1 corrisponde all'art. 11 della CEDU, ma il suo campo d'applicazione è esteso al livello dell'Unione europea; l'art. 14, par. 1 corrisponde all'art. 2 del Protocollo addizionale alla CEDU, ma il suo campo d'applicazione è esteso all'accesso alla formazione professionale e continua; l'art. 14, par. 3 corrisponde all'art. 2 del Protocollo addizionale alla CEDU relativamente ai diritti dei genitori; l'art. 47, par. 2 e 3 corrisponde all'art. 6, par. 1 della CEDU, ma la limitazione alle controversie su diritti e obblighi di carattere civile o su accuse in materia penale non si applica al diritto dell'Unione e alla sua attuazione; l'art. 50 corrisponde all'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU, ma la sua portata è estesa al livello dell'Unione europea tra le giurisdizioni degli Stati membri. Infine, nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, i cittadini dell'Unione europea non possono essere considerati stranieri in forza del divieto di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità. Pertanto, le limitazioni previste dall'art. 16 della CEDU riguardo al diritto degli stranieri non sono loro applicabili in questo contesto.

*A4 – avvicinamento giurisprudenziale: influenza e integrazione*

Che la Corte di giustizia abbia arricchito le sue 'fonti di ispirazione', affiancando alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri anche i trattati internazionali cui questi hanno aderito ed, *in primis*, la CEDU, è cosa nota (CGCE, 14 maggio 1974, C-4/73, in causa *Nold*).

L'influenza della CEDU nella tutela comunitaria dei diritti fondamentali dell'UE si percepisce chiaramente nella sentenza del 13 dicembre 1979<sup>3</sup>, ove si legge che «i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza; nel garantire la tutela di tali diritti, essa è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati; i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tenere conto nell'ambito del diritto comunitario».

Tuttavia, occorre sempre tener conto che le Costituzioni nazionali, le tradizioni comuni degli Stati membri, la CEDU sono e rimangono pur sempre fonti di ispirazione da cui la Corte muove per plasmare la tutela comunitaria dei diritti fondamentali senza mai appiattirsi sull'una o sull'altra fonte.

Nelle conclusioni rese dall'Avv. gen. Darmon, nel caso *Orkem*<sup>4</sup>, si legge: «Non posso mancare di ricordare alla Corte che, secondo la sua giurisprudenza, l'esistenza nel diritto comunitario di diritti fondamentali tratti dalla CEDU non deriva dall'applicazione diretta di questo strumento come interpretato dalle autorità di Strasburgo. [...] I più autorevoli commentatori dei giudizi di questa Corte sottolineano anche che la sua posizione nei confronti della CEDU consiste nella maggior parte dei casi 'nell'usarla semplicemente come riferimento'. Questa Corte può quindi adottare, rispetto alle previsioni della Convenzione, un'interpretazione che non coincide esattamente con quella data dalle autorità di Strasburgo, in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Essa cioè non è vincolata dall'interpretazione della Convenzione fornita dalle autorità di Strasburgo, nel senso che non deve sistematicamente tenerne conto con riguardo ai diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario».

Originariamente, dunque, alla 'identità formale' del parametro di riferimento, corrispondeva una 'convergenza tra le due Corti soltanto parziale', a fronte dell'autonomia interpretativa rivendicata dalla Corte di Lussemburgo nell'avvalersi della CEDU in modo funzionale alla tutela

<sup>3</sup> C-44/79, in causa *Hauer*.

<sup>4</sup> Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, causa C-374/1987, *Orkem*, in «Raccolta», I-3283.

degli obiettivi comunitari<sup>5</sup>.

Nel tempo, però, entrambi i giudici hanno intrapreso un percorso di armonizzazione reciproca che ha portato ad una progressiva osmosi delle rispettive giurisprudenze.

Sul versante comunitario, moltissimi i casi in cui la Corte di Lussemburgo si è 'servita' della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Il primo risale al 1996, nella sentenza 30 aprile, sul caso *P. c. S.*<sup>6</sup>, ove la Corte di Lussemburgo, dopo circa un ventennio in cui utilizzava 'autonomamente' la CEDU, si è avvalsa anche della giurisprudenza europea (Corte EDU, *Rees v. United Kingdom* del 1986), sia pur *ad abundantiam*, per risolvere un caso di discriminazione derivante dal licenziamento di un transessuale, successivo alla comunicazione effettuata al datore di lavoro, circa l'intenzione di sottoporsi ad un'operazione per il cambiamento di sesso.

Successivamente, i richiami alla giurisprudenza della Corte EDU aumentano significativamente. Vero è che nella maggior parte dei casi, si tratta di rinvii volti a rafforzare conclusioni già raggiunte sulla base del diritto comunitario e della consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia. Spesso, però, dietro tali richiami si cela un effettivo avvicinamento alla 'reale' dimensione dei diritti tutelati dal giudice europeo, l'esigenza di voler allineare le tutele, di voler procedere ad una lettura parallela dei diritti.

Si pensi, ad esempio, alla sentenza 17 dicembre 1998, *Baustahlgewebe*<sup>7</sup>, in cui la Corte di giustizia ha utilizzato la giurisprudenza di Strasburgo per valutare la ragionevole durata del processo dinanzi al Tribunale di primo grado, riconoscendo, in tal modo, la vincolatività dei diritti CEDU per le istituzioni comunitarie e assicurandone essa stessa il rispetto.

Emblematica, in tale contesto, anche la pronuncia resa nel caso *Roquette Frères SA*, sulla tutela della sfera privata dell'individuo da ingerenze dei pubblici poteri. Trattasi della sentenza 22 ottobre 2002<sup>8</sup>, ove la Corte ha affermato che «[n]el determinare la portata di tale principio, per quanto riguarda la tutela dei locali aziendali delle società, si deve tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo posteriore alla sentenza *Hoechst c. Commissione*, giurisprudenza da cui emerge, da un lato, che la tutela del domicilio, di cui all'art. 8 della CEDU, può essere in talune circostanze estesa ai locali citati (vedi, segnatamente,

---

<sup>5</sup> In tal senso, cfr. M.E. GENNUSA, *La CEDU e l'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2007, p. 100 ss.

<sup>6</sup> Causa C-13/94.

<sup>7</sup> Causa C-185/95.

<sup>8</sup> Causa C-94/00.

Corte EDU, sentenza *Colas Est e a./Francia* del 16 aprile 2002, par. 41) e, dall'altro, che il diritto d'ingerenza autorizzato dall'art. 8, n. 2, della CEDU "potrebbe più facilmente estendersi a locali o attività aziendali o commerciali piuttosto che ad altri casi" (sentenza *Niemietz/Germania*, cit., par. 31)».

Molto interessante anche la più recente sentenza 5 ottobre 2010, sul caso *J. McB. C. L.E.*<sup>9</sup>, ove la Corte di giustizia dell'UE ha escluso che la normativa irlandese, nella parte in cui stabilisce che un padre naturale non è *ipso iure* titolare di un diritto di affidamento, ma deve ottenere una decisione del giudice nazionale competente, non lede i diritti fondamentali tutelati dall'art. 7 della Carta di Nizza e dall'art. 8 della CEDU, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (Corte EDU, sentenze del 2 settembre 2003, *Guichard v. France*; del 14 settembre 1999, *Balbontin v. United Kingdom* e del 3 dicembre 2009, *Zaunegger v. Germany*)<sup>10</sup>.

Sul versante europeo, il giudice di Strasburgo si è avvalso decisamente molto meno della giurisprudenza comunitaria.

È soprattutto con riguardo ai casi di discriminazione per sesso in ambito previdenziale e pensionistico che si rinvengono richiami alla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, a fronte della consolidata giurisprudenza comunitaria in materia (Corte EDU, 22 agosto 2006, *Walker v. United Kingdom* e *Barrow v. United Kingdom*).

Interessante e molto nota, anche per le forti critiche suscitate in dottrina, a fronte del presunto arretramento nella tutela dei diritti garantiti dalla CEDU, la sentenza del 7 giugno 2001, *Kress v. France*, ove il giudice europeo, in merito al rifiuto del riconoscimento di un diritto di replica alle conclusioni del Commissario del Governo prima dell'udienza dinanzi al Consiglio di Stato, tornando sui propri passi e uniformandosi alla giurisprudenza comunitaria, ha escluso la lesione dell'art. 6 CEDU, alla luce della natura amministrativa e non penale (come invece considerata fino ad allora) della giurisdizione del Consiglio di Stato.

Di poco successiva la decisione 11 luglio 2002, *Goodwin v. United Kingdom*, con cui il giudice europeo ha corretto la propria giurisprudenza, non per conformarsi all'orientamento del giudice di Lussemburgo, ma, questa volta, a fronte delle novità introdotte dalla Carta di Nizza. Riconoscendo anche ai transessuali il diritto di sposarsi, il giudice ha rilevato che «*le libellé de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée récemment s'écarte – et cela ne peut être que délibéré – de celui de l'article*

<sup>9</sup> Causa C-400/10 PPU.

<sup>10</sup> Rispettivamente, nn. 56838/00; 39067/97; 22028/04.

*12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme*». Si tratta di un richiamo a fini confermativi e ricognitivi, ma che al tempo stesso conferma e consolida il 'valore' della Carta e l'ampiezza della platea che vi fa riferimento. In tal caso, la Corte EDU si è avvalsa della Carta di Nizza, quale strumento interpretativo utile a fornire una lettura evolutiva della CEDU. D'altra parte, essendo la Carta un documento più moderno e dunque più conforme alle esigenze della realtà attuale, può rivelarsi un utile ausilio nell'esegesi dei diritti sanciti nella ormai datata Convenzione.

Il quadro, sia pur non certamente esaustivo, della giurisprudenza citata dimostra con estrema chiarezza l'esigenza delle due Corti ad accrescere i legami, le interdipendenze, le relazioni reciproche, in una parola: il dialogo. Pur rimanendo ancora, per certi versi, del tutto distinti, i due giudici sembrano orientati ad appianare le divergenze interpretative ed accrescere i punti di contatto, nell'ottica di creare un sistema di tutela unitario. Detto in altri termini: «due Corti, uno standard»<sup>11</sup>.

#### *A5 – adesione dell'Unione alla CEDU*

Acclarato il progressivo e spontaneo avvicinamento tra i sistemi giurisprudenziali delle due Corti, non può negarsi che un'effettiva integrazione su basi giuridiche avverrà soltanto con la formale adesione dell'Unione europea alla CEDU. Come noto, infatti, tale adesione, oggetto di problematiche discussioni sin dagli anni settanta, è divenuta obbligatoria con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>12</sup>. Non essendosi però ancora concluso il processo di negoziazione tra il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo e l'UE, sono ancora controversi e discussi gli effetti che tale adesione comporterà.

Pur riconoscendo, dunque, che ciò determinerà indubbiamente l'assoggettamento dell'Unione europea a un controllo esterno e indipendente sul rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, ci si domanda se l'influenza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarà così incisiva da spingere la Corte di giustizia ad affermare quanto di recente riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana, ammettendo che «tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale Trattato, 'nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad

<sup>11</sup> Così GENNUSA, *La CEDU e l'Unione europea*, cit., p. 124.

<sup>12</sup> Cfr. l'art. 6 del TUE, ove si legge che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati» e l'art. 59, par. 2 della CEDU, così come modificata dal Protocollo n. 14 alla Convenzione entrato in vigore il 1° giugno 2010, nella parte in cui prevede che «l'Unione europea può aderire alla presente Convenzione».

esse interpretazione ed applicazione'»<sup>13</sup>.

Solo quando l'adesione diverrà effettiva, potremo scoprirlo.

### 3. 'O' – per una lettura disgiunta

#### *B1 – processo formativo*

Come già rilevato, CEDU e Carta di Nizza nascono e si sviluppano nell'ambito di contesti, ordinamenti, sistemi profondamente diversi.

#### *B2 – non adesione CE alla CEDU*

Come noto, nel parere 2/1994, del 28 marzo 1996, la Corte di giustizia ha escluso formalmente la possibilità di un'adesione delle CE alla CEDU, ritenendo che «allo stato attuale del diritto comunitario la Comunità non ha competenza per aderire alla CEDU» dal momento che «nessuna disposizione del Trattato conferisce alle istituzioni comunitarie il potere di emanare regole in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in questa materia». La Corte ha dunque respinto l'idea che l'art. 235 TCE (poi, art. 308 TCE e oggi art. 352 TFUE) potesse consentire un ampliamento della sfera dei poteri della Comunità e ha rilevato che l'adesione sarebbe stata possibile solo a seguito di una revisione dei Trattati, date le sue implicazioni di rilevanza costituzionale.

#### *B3 – giurisprudenza difforme*

La diversità genetica e funzionale delle due Corti spiega e giustifica i numerosi casi in cui su di una stessa disposizione della CEDU esse si sono pronunciate in modo profondamente difforme.

Si pensi alle differenti letture dell'art. 6 della CEDU fornite dalla Corte di Lussemburgo e dalla Corte di Strasburgo, in relazione al principio *audi altera partem*<sup>14</sup>. Oppure alla sentenza 18 ottobre 1989 (C-374/87), in causa *Orkem*, ove la Corte di giustizia ha escluso che l'art. 6 CEDU potesse ricomprendere il diritto a non autoincriminarsi, a differenza di quanto affermato invece pochi anni dopo dalla Corte EDU (caso *Funke v. France*, 25 febbraio 1993, n. 10828/84).

<sup>13</sup> Par. 4.6 del 'Considerato in diritto' nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007.

<sup>14</sup> Corte di giustizia, 19 marzo 1982, causa C-50-58/82, *Dorca Marina*; Corte EDU, *König v. West Germany*, 28 giugno 1978, n. 6232/73.

Le due Corti si sono pronunciate in modo opposto anche sull'art. 8 CEDU, in merito all'invulnerabilità del domicilio. Se la Corte di giustizia ha negato l'estensione delle garanzie assicurate da tale disposizione alle perquisizioni nelle sedi delle imprese, affermando che l'art. 8 della CEDU mira a tutelare la libertà personale e non può essere esteso ai locali commerciali (Corte di giustizia, 21 settembre 1989, C-46/87 e 227/88, *Hoechst c. Commissione*), la Corte EDU, soltanto pochi mesi dopo, ha interpretato la disposizione in esame, nel senso di estenderne la tutela anche alle attività professionali e commerciali<sup>15</sup>.

Altrettanto differente l'interpretazione del diritto alla libertà di espressione di cui all'art. 10 della CEDU. A fronte della condanna perpetrata dalla Corte di Strasburgo all'Irlanda, per aver previsto il divieto di diffondere informazioni circa la possibilità di ottenere l'interruzione di gravidanza oltre confine, trattandosi di una proibizione sproporzionata, in quanto «non necessaria in una società democratica»<sup>16</sup>, la Corte di giustizia, in un caso pressoché analogo, ha eluso il problema, trincerandosi dietro l'irrelevanza comunitaria del caso sottoposto al suo esame<sup>17</sup>.

#### *B4 – la CEDU è parametro del diritto comunitario?*

Dubbi e perplessità, stante l'estrema delicatezza della materia, sono sorti in merito alla possibilità che la Corte di Strasburgo proceda ad un controllo di convenzionalità sugli atti adottati dagli Stati membri in applicazione del diritto comunitario, originario e derivato.

In tale contesto, si inserisce il celeberrimo caso *Matthews v. United Kingdom* del 18 febbraio 1999, occasionato dal ricorso proposto da una cittadina britannica, residente a Gibilterra, avverso l'Atto sulle elezioni del Parlamento europeo del 1976, nella parte in cui, escludendo Gibilterra dalla partecipazione al suffragio, si presumeva violasse l'art. 3, del Protocollo n. 1 CEDU, che impegna gli Stati «ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, elezioni libere a scrutinio segreto in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo». In tale occasione, la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la propria giurisdizione, stante l'impossibilità di ricorrere dinanzi alla Corte di giustizia contro l'Atto in esame, trattandosi non di «un 'normale' atto della Comunità,

---

<sup>15</sup> Corte EDU, *Chapell v. United Kingdom*, 30 marzo 1989, n. 10461/83.

<sup>16</sup> Corte EDU, *Society for the Protection of the Unborn Children Ltd. v. Open Door Counselling Ltd.*, 1988, IR 593.

<sup>17</sup> Corte di giustizia, 4 ottobre 1991, causa C-59/90, *Grogan*.

ma di un trattato interno all'ordinamento giuridico della Comunità»<sup>18</sup>.

È l'assenza della giurisdizione della Corte di giustizia e dunque il timore che rimanesse una vera e propria zona franca nella tutela dei diritti che ha giustificato l'intervento del giudice europeo. Pertanto, pur non ammettendo un sindacato diretto sugli atti comunitari derivati, la Corte si è riservata il potere di controllarli, sia pur indirettamente, stabilendo la responsabilità degli Stati membri nell'attuazione e nell'applicazione degli atti stessi.

La creazione di una circoscrizione elettorale a Gibilterra e le modalità di estensione del diritto di voto introdotte dal Regno Unito, al fine di conformarsi alla sentenza della Corte EDU, sono state però ritenute lesive del diritto comunitario dal Regno di Spagna che, rivolgendosi alla Corte di giustizia, ha stimolato quest'ultima ad esprimersi non solo sulla 'comunitarietà' della soluzione nazionale, ma finanche sulla 'convenzionalità' della stessa. Tuttavia, la Corte di giustizia, nella sentenza del 12 settembre 2006 (causa C-145/04, *Spagna c. Regno Unito*) ha respinto il ricorso riferendosi alla interpretazione della Corte EDU, ritenendo che «non si può rimproverare al Regno Unito di avere adottato la normativa necessaria per l'organizzazione di tali elezioni in condizioni equivalenti, *mutatis mutandis*, a quelle previste dalla normativa applicabile al Regno Unito. La trasposizione al territorio di Gibilterra, *mutatis mutandis*, della normativa del Regno Unito può essere tanto meno contestata in quanto, come risulta dal punto 59 della citata sentenza *Matthews v. United Kingdom*, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha rilevato, nello status di Gibilterra, alcun elemento che indichi l'esistenza di esigenze locali di cui sarebbe necessario tener conto, ai sensi dell'art. 56, n. 3, della CEDU, per l'applicazione di tale Convenzione ad un territorio del quale uno Stato contraente gestisce le relazioni internazionali».

Pare evidente, dunque, come in tale occasione, la Corte di Lussemburgo, chiamata formalmente a pronunciarsi sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto comunitario, si sia sostanzialmente avvalsa di un singolare parametro, vale a dire della CEDU, per come interpretata dalla Corte EDU.

In altra occasione, desta particolare interesse la sovrapposizione funzionale tra Corte di Strasburgo e Corte di Lussemburgo. Si tratta del noto caso *Bosphorus*. La questione, sorta nel 1993, a seguito del sequestro di un aeromobile jugoslavo avvenuto in territorio irlandese, in ottemperanza al regolamento comunitario n. 990/1993/CE di esecuzione della risoluzione ONU n. 820 del 1993, si è conclusa con la sentenza della Corte EDU del 2005<sup>19</sup>. A seguito, però, di un successivo ricorso, la Corte suprema irlandese

<sup>18</sup> Corte EDU, *Matthews v. United Kingdom*, n. 24833/1994, 18 febbraio 1999.

<sup>19</sup> Corte EDU, *Bosphorus v. Ireland*, n. 45036/98.

sollevava questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di comprendere l'interpretazione del regolamento comunitario in questione. Il tenore testuale dell'atto comunitario ha indotto il giudice a riconoscere la legittimità della misura sanzionatoria adottata, spingendo, dunque, la *Bosphorus* a percorrere l'unica strada rimasta, per opporsi al sequestro ormai effettuato: il ricorso individuale alla Corte di Strasburgo<sup>20</sup>. A fronte dell'effettiva complessità della questione, il giudice europeo si è pronunciato 'nuovamente' sulla questione solo dopo otto anni, ritenendo che la misura statale adottata nel rispetto degli obblighi comunitari «è giustificata fintantoché l'organizzazione in questione è ritenuta proteggere i diritti fondamentali [...] in un modo che può essere considerato almeno equivalente rispetto a quello assicurato dalla Convenzione»<sup>21</sup>.

Se da un lato sembra che con tale decisione la Corte abbia voluto proseguire la strada intrapresa nel caso *Matthews*, spingendosi a sindacare il diritto comunitario derivato, anche alla luce della ricca giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, dall'altro appare evidente che, esprimendosi sulla generale equivalenza del livello di protezione, il suo controllo si è mantenuto, per così dire «ai margini del caso concreto [...], senza considerare gli effetti veramente perversi che dall'applicazione del regolamento comunitario all'aereo mobile noleggiato dalla *Bosphorus* erano concretamente discesi»<sup>22</sup>. Una sentenza decisamente singolare, in cui il giudice europeo, pur dichiarando di procedere ad un rigoroso sindacato sulla normativa comunitaria, ha poi mostrato un certo *self-restraint*, sulla base di una sorta di affidabilità dell'ordinamento comunitario nella tutela dei diritti<sup>23</sup>.

Innegabile non cogliere dietro tale decisione l'esigenza della Corte di Strasburgo di voler raggiungere un compromesso transitorio di non belligeranza con la Corte di Lussemburgo, in attesa dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, punto 164.

<sup>21</sup> *Ibid.*, punto 155.

<sup>22</sup> Così GENNUSA, *La CEDU e l'Unione europea*, cit., p. 135.

<sup>23</sup> In tal senso, cfr. P. COSTANZO, *La dimensione dei diritti della persona nel diritto dell'Unione europea*, in <<http://www.giurcost.org/studi/CostanzoBologna.htm>> (ultimo accesso 20.04.2014).

#### *4. Prevalenza vs. cooperazione?*

Quattro gli elementi a favore della disgiunzione, cinque gli argomenti che giustificano un avvicinamento.

Si potrebbe concludere semplicemente che la 'E' prevale sulla 'O'.

Non si tratta però di un mero esercizio teorico, né di un asfittico calcolo aritmetico. Quando sono in gioco i diritti fondamentali, occorre chiedersi quali siano gli effetti della cooperazione e quali i rischi di un conflitto tra le Corti.

Ebbene, la diversità genetica e funzionale tra i due sistemi indubbiamente facilita la possibilità di contrasti, ma la storia e l'evoluzione giurisprudenziale hanno mostrato non solo un'effettiva tendenza verso un progressivo coordinamento tra i due sistemi, ma soprattutto la capacità, il buon senso e l'abilità delle due Corti di affrontare con maestria le questioni più complesse e problematiche, sorte in un quadro spesso privo di coerenza e linearità.

D'altra parte, è proprio a fronte di un conflitto che la comunicazione delle esperienze derivante dalla circolazione delle giurisprudenze raggiunge i risultati migliori: non solo non compromette l'identità, ma risveglia, arricchisce ed esalta le peculiarità di ciascun ordinamento.

#### *European Convention on human rights and/or UE Charter on fundamental rights*

This paper addresses the arguments in support of a more enhanced cooperation between the European Court on Human Rights and the Court of Justice of the European Union through an analysis of the symptomatic elements of potential conflicts between the two systems, both at normative and at case-law level, given their different genetic and functional characters. The origin and the case law of the two Courts shows that they can contribute to address the most complex and problematic issues relating to the protection of fundamental rights, even within a framework where coherence and homogeneity is sometimes lacking.



Roberto Cippitani\*

*Interpretazione giuridica e diritti nei processi  
internazionali di integrazione*

Il processo di integrazione giuridica internazionale conduce alla instaurazione di sistemi giuridici a più livelli, basati su fonti promananti da diversi soggetti. Muovendo dalle classiche relazioni di diritto internazionale (fondate su accordi interstatali), tali sistemi giuridici si sono particolarmente evoluti nel campo dei diritti umani e nel contesto dei processi di integrazione regionale e sovranazionale. Ne consegue la necessità di elaborare un nuovo approccio in sede di interpretazione delle relative norme, confrontando le esperienze delle Corti regionali, sia in Europa, che in America Latina. L'autore si sofferma sul metodo interpretativo teleologico rispetto al quale sono funzionali, tra gli altri, i principi del c.d. effetto utile e del 'significato autonomo'. Tale metodo possiede le potenzialità per rafforzare le istanze sovranazionali connesse alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

*1. Soggetti giuridici e diritto internazionale*

Dopo la nascita degli Stati nazionali, gli ordinamenti giuridici sono stati considerati come autonomi gli uni dagli altri, dove l'autonomia è il prodotto della 'sovranità', che comporta, tra l'altro, la libertà dello Stato di rispettare o meno il diritto internazionale.

Mentre Grotius riteneva che i rapporti tra le nazioni venissero necessitati dalla legge di natura ('la legge delle Nazioni' di cui parla nel *De jure belli ac pacis*), il diritto internazionale moderno si fonda esclusivamente sulla volontà degli Stati e si esprime con atti di autonomia, come i trattati conclusi tra i governi.

---

\* Roberto Cippitani è ricercatore di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Perugia (Dipartimento di medicina sperimentale), titolare della Cattedra Jean Monnet TeKla (*The European Knowledge Legal Area*) dedicata ai rapporti tra diritto e scienza, nonché responsabile di progetti comunitari (tra i quali IR&R *Individual Rights and Regional Integration*). È vicepresidente della *Red Internacional de Juristas para la Integración Americana* (RIJIA).

Oggi, al più, si può sostenere con Henkin che «*almost all nations observe almost all principles of international law and almost all of their obligations almost of the time*»<sup>1</sup>.

Si tratta però solo di un'osservazione empirica: ciò non esclude che, generalmente, il diritto internazionale è privo di istituzioni che esercitino in modo efficace un potere legislativo, esecutivo, giudiziario. Ciò comporta che spesso la regola internazionale «*it is sometimes violated with impunity*»<sup>2</sup>.

Il diritto internazionale è una sorta di 'diritto di coordinamento'<sup>3</sup>, che disciplina le relazioni interstatuali<sup>4</sup>. Ma il rispetto di tali obblighi dipende esclusivamente dalla volontà degli Stati stessi.

Tra le regole volte ad assicurare il coordinamento del diritto internazionale con i sistemi giuridici nazionali, vi sono ad esempio: le regole riasunte nel brocardo *pacta sunt servanda*, che obbliga gli Stati ad adeguare l'ordinamento giuridico interno a quello internazionale (cfr. articolo 26 della Convenzione sul diritto dei trattati)<sup>5</sup>; il 'principio della concordanza' nell'interpretazione dei trattati internazionali, che obbliga a preferire il significato comune alle Parti degli strumenti giuridici internazionali<sup>6</sup>.

Inoltre, l'efficacia del diritto internazionale è garantita da disposizioni nazionali. Ad esempio, l'art. 10 della Costituzione italiana prevede che il sistema giuridico deve essere conforme al diritto internazionale 'generalmente riconosciuto'.

Il preambolo della Costituzione francese del 27 ottobre 1946 stabilisce che «*La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international*».

Più forte è l'effetto delle regole internazionali garantito dalla Legge fondamentale tedesca, che stabilisce, nel par. 25, che le norme generali del diritto internazionale formano parte integrante del diritto federale.

Tuttavia, la relazione tra sistemi giuridici è basata su una logica intergover-

<sup>1</sup> L. HENKIN, *How Nations Behave*, Columbia University Press, New York 1979.

<sup>2</sup> J.L. GOLDSMITH, E.A. POSNER, *The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York 2005, p. 13; cfr. anche A.T. GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, Oxford University Press, New York 2008.

<sup>3</sup> C. PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, Editora Ediar, Buenos Aires 2010, p. 5.

<sup>4</sup> Cfr. le definizioni come quella fornita da B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, p. 3 ss. e C. ROUSSEAU, *Derecho internacional público*, Ediciones Ariel, Barcelona 1966, p. 1 ss.

<sup>5</sup> Tra i commenti all'art. 26 della Convenzione di Vienna, cfr. *ex multis* J. SALMON, *Observance of Treaties, art. 26*, in *The Vienna Conventions on the Law of Treaties, A Commentary*, Vol. 1-III, a cura di O. Corten, P. Klein, Oxford, pp. 659-685.

<sup>6</sup> M. HALLIVIS PELAYO, *Hacia una homologación metodológica del control de convencionalidad en Latinoamérica*, in «Diritto e processo», 2013, pp. 165-217.

nativa ed è regolata da accordi internazionali, che hanno solo un impatto indiretto sul diritto interno.

Infatti, il monopolio dello Stato nella produzione normativa non consente la diretta applicabilità del diritto internazionale nei rapporti giuridici soggetti al diritto nazionale.

Questa situazione non ammette eccezioni, neppure nel caso delle norme internazionali che sono chiamate *self-executing*, nonché quelle considerate appartenenti alle *jus cogens*<sup>7</sup>.

Le une e le altre disciplinano soprattutto le relazioni tra Stati e non sono direttamente applicabili ai soggetti di diritto, qualora gli Stati non si attivino in tal senso. In ciò si evidenzia la mancanza di *enforcement*, caratteristica peculiare del diritto internazionale, che è parzialmente risolto con l'istituzione di tribunali internazionali (il cosiddetto *formal enforcement*).

Tuttavia il lavoro di tali corti è reso difficile da diversi problemi. In particolare «*when tribunals exist, they typically do not have busy dockets*»<sup>8</sup>, a causa del fatto che spesso sono solo gli Stati che possono ricorrervi. Oppure si ammette che i privati possano adire le corti internazionali, ma soltanto se si supera un filtro sotto il controllo degli Stati. La scarsa capacità delle parti private di avviare un procedimento di fronte a tali giudici comporta la mancanza di efficacia dei tribunali internazionali<sup>9</sup>.

Inoltre, anche nel caso in cui siano istituiti tribunali internazionali, il mancato adempimento può portare alla responsabilità internazionale dello Stato, ma non all'applicazione diretta nel diritto interno<sup>10</sup>.

La giurisprudenza dei tribunali internazionali, per lo più può servire «*to establish or clarify the substantive rules of the international law*»<sup>11</sup>.

Nel contesto del diritto internazionale tradizionale, i trattati intergo-

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati appartiene allo *jus cogens* «la norma che sia stata accettata e riconosciuta dalla Comunità internazionale degli Stati nel suo insieme in quanto norma alla quale non è permessa alcuna deroga e che non può essere modificata che da una nuova norma di diritto internazionale generale avente lo stesso carattere».

<sup>8</sup> GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, cit., p. 63.

<sup>9</sup> Cfr. R.E. SCOTT, P.B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, Oxford University Press, New York 2006, *passim*.

<sup>10</sup> PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, cit., p. 17, che fa riferimento alla giurisprudenza dei tribunali arbitrali internazionali, e in particolare al caso *Alabama* del 1872 (*United Kingdom c. USA*), deciso dal Tribunale arbitrale costituito a Ginevra; cfr. anche la richiesta di risarcimento nel caso *Chorzów (Germany v. Poland)*, deciso dalla Corte Permanente di giustizia internazionale il 13 settembre 1928.

<sup>11</sup> Si veda GUZMAN, *How International Law Works. A Rational Choice Theory*, cit., p. 68; A. DANNER, *When Courts Make Law: How the International Criminal Tribunals Recast the Laws of War*, in «*Vanderbilt Law Review*», 59, 2006, pp. 1-65.

vernativi influenzano solo indirettamente i diritti delle persone.

La legge applicabile alle persone fisiche e agli altri soggetti di diritto è comunque il diritto nazionale. Il diritto interno regola i rapporti relativi ai propri cittadini, ma riguarda anche gli stranieri per quanto concerne i rapporti soggetti alla legislazione nazionale dello Stato ospitante. In circostanze specifiche, quando il rapporto giuridico può avere una connessione con due o più sistemi giuridici, le soluzioni disponibili sono coerenti con l'approccio intergovernativo: o si applica il cosiddetto 'diritto internazionale privato', cioè, in realtà, un insieme di criteri (nazionali) per la risoluzione di eventuali conflitti tra norme; oppure, alternativamente, il caso sarà regolato da trattati internazionali, ovviamente se trasformati in norme interne.

Le rispettive competenze dei giudici nazionali e il riconoscimento oltre confine dei loro atti dipendono eventualmente da regole internazionali. Tuttavia, anche quando tali strumenti esistono, di solito nessun tribunale transnazionale è identificato al fine di risolvere i conflitti di competenza<sup>12</sup>.

## 2. *L'internazionalizzazione dei diritti umani*

Dopo la seconda parte del ventesimo secolo, parallelamente alla costituzionalizzazione dei diritti individuali negli ordinamenti nazionali, un altro importante fenomeno giuridico è stato messo in atto, 'l'internazionalizzazione dei diritti'.

Le tragedie della prima metà della 'Age of Extremes', come Hobsbawm ha definito il secolo passato, hanno portato alla convinzione che la tutela dei diritti individuali, in particolare contro lo strapotere degli Stati, potrebbe essere assicurata solo a livello internazionale<sup>13</sup>.

Pertanto, nel corso degli ultimi decenni, la tutela dei diritti individuali non è solo una questione confinata entro i confini nazionali, ma deve essere affrontata dal punto di vista di un 'costituzionalismo globale'<sup>14</sup> o

---

<sup>12</sup> M. MUNIVE PÁEZ, *Conflicto de jurisdicción*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, ISEG, Roma-Perugia-México 2013.

<sup>13</sup> L'istituzione di organizzazioni internazionali come strumento per assicurare la pace è presente, per esempio, in N. BOBBIO, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Il Mulino, Bologna 1984.

<sup>14</sup> Cfr. J.E. ESPINOZA DE LOS MONTEROS SANCHEZ, *Constitucionalismo global*, in *Diccionario Histórico Judicial de México, Ideas e Instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México 2010, I, p. 236.

di un 'costituzionalismo multilivello', quale necessaria evoluzione delle costituzioni nazionali<sup>15</sup>.

Insieme con la costituzione di organizzazioni e trattati internazionali relativi alla cooperazione in campo economico, gli Stati hanno stipulato accordi internazionali relativi al riconoscimento e alla tutela dei diritti degli esseri umani.

Anche se il tema dei diritti umani non è in assoluto nuovo per il diritto internazionale<sup>16</sup>, il dato caratteristico dell'epoca attuale è l'enorme sviluppo di fonti internazionalistiche che specificamente si occupano della materia.

Questo accade in un contesto in cui il diritto internazionale è caratterizzato da una tendenza alla 'legalizzazione'<sup>17</sup> e alla 'istituzionalizzazione'<sup>18</sup>.

In particolare, la Carta delle Nazioni Unite del 1945 proclama nel suo preambolo, subito prima dell'obiettivo di «salvare le future generazioni dal flagello della guerra, che per due volte nel corso di questa generazione ha portato indicibili afflizioni all'umanità», la necessità di «riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, nella dignità e nel valore della persona umana, nella eguaglianza dei diritti degli uomini e delle donne», al fine di «promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà».

Secondo Luigi Ferrajoli la Carta delle Nazioni Unite rappresenta la transizione dal diritto internazionale basato su relazioni bilaterali tra Paesi fino verso un vero e proprio sistema giuridico<sup>19</sup>, in cui non solo gli Stati ma anche le persone diventano soggetti.

Le persone sono allora riconosciute come titolari di diritti individuali, che devono essere osservati e protetti all'interno del diritto nazionale.

L'articolo 1, comma 3, della Carta dell'ONU impegna gli Stati a collaborare al fine di «promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell'uomo e

<sup>15</sup> I. PERNICE, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making Revisited*, in «Common Market Law Review», 1999, p. 703 ss.; P. HÄBERLE, *Dallo Stato nazionale all'Unione europea: evoluzioni dello Stato costituzionale*, in «Diritto pubblico comparato europeo», 2002, p. 455 ss.; A. CARDONE, voce *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, IV, 2011, p. 335 ss.

<sup>16</sup> J.L. GOLDSMITH e E.A. POSNER (*The Limits of International Law*, Oxford University Press, New York 2005, p. 117) citano, tra le altre, la Pace di Westphalia (1648), che si occupava dei diritti delle minoranze religiose.

<sup>17</sup> J. GOLDSTEIN, [et al.], *Introduction: Legalization and World Politics*, in «International Organization», 54, n. 3, 2000, pp. 385-399.

<sup>18</sup> K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Why States Act through Formal International Organizations*, in «The Journal of Conflict Resolution», 42, n. 1, Feb. 1998, pp. 3-32.

<sup>19</sup> L. FERRAJOLI, *Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global*, in *Estado constitucional y globalización*, a cura di M. Carbonell, R. Vázquez, UNAM, México 2001, pp. 313-318.

delle libertà fondamentali per tutti senza distinzioni di razza, di sesso, di lingua o di religione». Infatti, secondo la dottrina internazionalistica, gli Stati, come le moderne costituzioni stabiliscono, hanno l'obbligo positivo di attuare i diritti umani, non solo il dovere di astensione dal portare ad essi pregiudizio<sup>20</sup>.

Al fine di evitare qualsiasi dubbio circa l'identificazione e il contenuto di tali diritti umani, le Nazioni Unite hanno adottato la Dichiarazione universale dei Diritti umani del 1948.

Il ruolo dei diritti umani nelle relazioni internazionali è evidente nel preambolo della Dichiarazione, così come all'interno della Carta: il riconoscimento e la tutela dei 'diritti inalienabili' della 'famiglia umana' deve essere considerato come il fondamento della libertà, della giustizia e della pace nel mondo.

Senza la protezione dei diritti delle persone, questo è il messaggio più importante delle fonti delle Nazioni Unite, la collaborazione pacifica tra Stati sarebbe impossibile.

I diritti individuati dalle Nazioni Unite sono divenuti il più importante esempio di *jus cogens*, anche se in un mondo suddiviso in parti e blocchi, nord e sud, ovest ed est, economie capitalistiche e sistemi marxisti.

Le Nazioni Unite e le altre organizzazioni internazionali (collegate o meno con l'ONU, come l'UNICEF e OIL) hanno promosso nel corso degli ultimi sessanta anni, la stipula di altri accordi importanti in materia di diritti umani, come quelli che proteggono i bambini o i lavoratori.

Il riconoscimento dei diritti umani a livello internazionale ha l'importante funzione di stabilire standard accettabili per la maggior parte delle nazioni del mondo.

Infatti, nonostante le differenze tra le culture e le definizioni legali, è possibile identificare valori comuni (le «permanenze» secondo Antonio Palazzo) attraverso cui i diritti umani sono resi 'universali' nel diritto internazionale<sup>21</sup>.

Pertanto, la citata Dichiarazione dei diritti umani delle Nazioni Unite è 'universale' e, come viene affermato nel suo preambolo, essa deve essere considerata come «ideale comune da raggiungersi da tutti i popoli e da tutte le Nazioni, affinché ogni individuo ed ogni organo della società, avendo costantemente presente questa Dichiarazione, si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà e di garantirne, mediante misure progressive di carattere nazionale e

<sup>20</sup> S. SANZ CABALLERO, *Las obligaciones positivas del Estado en Derecho Internacional Público y Derecho Europeo*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 466 ss.

<sup>21</sup> Cfr. M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, *Estándares internacionales de derechos humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 244 ss.

internazionale, l'universale ed effettivo riconoscimento e rispetto tanto fra i popoli degli stessi Stati membri, quanto fra quelli dei territori sottoposti alla loro giurisdizione».

Tale concetto viene ribadito nel successivo articolo 1 che stabilisce che «Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti».

Oggi è generalmente accettato che le fonti internazionali in materia identificano un «*corpus iuris* dei diritti umani», che interagisce con gli ordinamenti giuridici nazionali ed è protetto dal principio della responsabilità internazionale degli Stati<sup>22</sup>.

Alcuni sistemi giuridici nazionali prevedono un forte impegno dello Stato nell'applicazione di tali diritti sanciti a livello internazionale. È il caso della Costituzione spagnola del 1978 (articolo 10.1), che prevede che «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*»<sup>23</sup>.

Va inoltre menzionato lo *Human Rights Act* inglese del 2000, che autorizza i tribunali britannici ad attuare direttamente la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

In America Latina molte Costituzioni prevedono l'obbligo dello Stato di rispettare i diritti umani, così come sanciti dai trattati internazionali (tra gli altri: Messico, Colombia, Guatemala, Cile, Ecuador, Nicaragua e Brasile)<sup>24</sup>.

Come si è sostenuto per il principio *pro-persona*, il carattere 'universale' dei diritti umani è uno strumento ermeneutico fondamentale, tale che l'interpretazione sarà estensiva nel caso delle norme che riconoscono un diritto umano e più restrittiva nell'ipotesi in cui occorra applicare limitazioni a tali diritti<sup>25</sup>.

Pertanto, l'universalità di questi diritti implica che i giudici nazionali,

<sup>22</sup> Cfr. D. O'DONNELL, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos-Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública del Tecnológico de Monterrey, México 2007, p. 55 ss.; J.J. FOUNDES, «Corpus juris» internacional de derechos humanos, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 93 ss.

<sup>23</sup> Cfr. anche art. 40.2: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

<sup>24</sup> D. RUEDA AGUILAR, *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, p. 11-12, in <[http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios\\_045.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf)> (ultimo accesso 20.04.2014).

<sup>25</sup> R. SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, *Principio pro persona*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 521 ss.

attraverso l'interpretazione del diritto nazionale, dovrebbero applicarli nel diritto interno.

La dottrina internazionalistica mostra come la questione dei diritti umani abbia cambiato l'approccio del diritto internazionale.

Data l'importanza di tale materia nelle Costituzioni moderne, è ampiamente accettato che le norme internazionali in questo campo e l'interpretazione data dai giudici internazionali consentono anche al giudice nazionale di applicare il *corpus iuris* internazionale dei diritti umani<sup>26</sup>.

Come affermato da Scott e Stephan «*International law was soft, in the sense that there existed no Hobbesian Leviathan to sanction default. The new approach, in contrast, allow private enforcement, employs independent tribunal and courts to do the enforcing, and empowers those tribunals and courts to wield the same array of tools that domestic courts traditionally use to compel compliance with their decisions. International law has become hard law, with its own Leviathan*».

Anche nei sistemi regionali intergovernativi come le convenzioni europea e americana sui diritti umani operano direttamente meccanismi di applicazione del diritto regionale come il *Drittwirkung*<sup>27</sup>, secondo cui i giudici nazionali applicano i diritti fondamentali nei rapporti tra gli individui<sup>28</sup>.

Tuttavia, questo tipo di approccio interpretativo non può comportare la modifica o la disapplicazione del diritto nazionale, che rimane la principale fonte giuridica da applicare anche nel campo dei diritti umani. Secondo molti studiosi «*the domestic courts never truly apply international law, but rather pick and choose among potentially applicable rules in a manner dominated by domestic jurisprudential, political, and methodological considerations*»<sup>29</sup>. L'assenza di un organismo sovranazionale, che sia in grado di

<sup>26</sup> R.E. SCOTT, P.B. STEPHAN, *The Limits of Leviathan. Contract Theory and the Enforcement of International Law*, Cambridge University Press, New York 2006, citano la giurisprudenza della Suprema corte USA, specialmente nel caso *Sosa c. Alvarez-Machain* in cui ha sostenuto la tesi [542 U.S. 692 (2004)] che le Corti federali possono applicare il diritto internazionale; cfr. anche *Medellin c. Dretke*, 544 U.S. 660 (2005); *Roper c. Simmons*, 543 U.S. 551 (2005).

<sup>27</sup> L. CASSETTI, *Il diritto di 'vivere con dignità' nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in <[http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=17237&content\\_auth=>](http://www.federalismi.it/ApplMostraDoc.cfm?Artid=17237&content_auth=>) (ultimo accesso 17.05.2014), p. 15.

<sup>28</sup> Cfr., per esempio, D. SPIELMAN, *L'effèt potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg 1995. In Italia la letteratura giuridica e la giurisprudenza affermano che la Convenzione europea dei Diritti umani è direttamente applicabile. Cfr. tra gli altri R. NUNIN, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 3, 1991, p. 719 ss. Per la giurisprudenza cfr. per esempio: Corte di Cassazione, 27 maggio 1975, n. 2129, in «Giustizia italiana», I, 1976, p. 970; Id. 2 febbraio 2007, n. 2247, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2007, p. 1195.

<sup>29</sup> SCOTT, STEPHAN, *The Limits of Leviathan*, cit., p. 142.

coordinare i tribunali nazionali, conforta una tale posizione.

Inoltre, la ‘universalità’ del *corpus* dei diritti umani significa anche essi costituiscono solo uno standard minimo accettabile.

In ultima analisi, l’effettiva applicazione di tali diritti dipende dalla volontà dello Stato, in un approccio puramente intergovernativo. Ciò spiega perché alcuni internazionalisti sottolineano che i trattati sui diritti umani funzionano come altri accordi internazionali: normalmente la violazione di tali trattati non ha gravi conseguenze per lo Stato inadempiente<sup>30</sup>.

### 3. *L’integrazione regionale*

Le relazioni tra gli Stati possono consistere in forme di collaborazione permanenti, come le associazioni tra le nazioni appartenenti a specifiche regioni del mondo.

Per identificare questo modello di collaborazione internazionale, la dottrina giuridica usa l’espressione ‘integrazione regionale’.

Come si afferma correttamente in giurisprudenza, questo diritto «*tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho*»<sup>31</sup>, con particolare riguardo al diritto internazionale.

Esempi di questo fenomeno possono essere osservati in tutti i continenti<sup>32</sup>: soprattutto in Europa (Unione europea, Consiglio d’Europa) e in America (*Comunidad Andina de Naciones* – CAN; Mercosur, *Sistema de Integración Centroamericana* – SICA; *Mercado Común del Caribe* – CARICOM; *Unión de Naciones Suramericanas* – UNASUR; la *Iberoamericanas Cumbres*, la *Alianza del Pacífico*, il *North American Free Trade Agreement* (NAFTA, o *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* – TLCAN), ma anche in Africa (*Communauté Économique des États de l’Afrique Centrale* – CEEAC; *Southern African Development Co-ordination Conference* – SADCC; *Southern African Development Coordinating Conference* – SADC; zona di libero scambio – PTA; Comunità economica degli Stati dell’Africa occidentale – ECOWAS) e in Asia e nella zona del Pacifico (Asia – *Pacific Economic Cooperation* – APEC; *South Asian Association for Regional*

<sup>30</sup> GOLDSMITH, POSNER, *The Limits of International Law*, cit., p. 130, che concludono: «*the modern human rights treaties do not significantly influence human rights behaviour*» riferendosi al comportamento degli Stati (p. 137).

<sup>31</sup> TPR Mercosur, Laudo n. 01/2005, p. 4.

<sup>32</sup> Per un panorama e un’approfondita analisi delle organizzazioni regionali, cfr. soprattutto PIZZOLO, *Derecho e integración regional*, cit., *passim*

*Co-operation – SAARC; Trans-Pacific Strategic Economic Partnership-TPP).*

L'integrazione regionale utilizza gli strumenti del diritto internazionale, essendo basata su accordi tra Stati.

Tuttavia due elementi sembrano differenziare i processi di integrazione regionale nel quadro delle relazioni internazionali: il contenuto e l'intensità della cooperazione; inoltre l'istituzionalizzazione dei rapporti, soprattutto attraverso la creazione di organi giudiziari o arbitrali.

Gli elementi di cui sopra non producono una modificazione del paradigma internazionalistico, ma piuttosto il rafforzamento delle relazioni intergovernative.

Sotto il profilo del contenuto, nella integrazione regionale, se confrontata con le altre forme di relazioni internazionali, gli obiettivi della cooperazione tra Stati diventano più concreti, così come i problemi da affrontare e le soluzioni da elaborare.

In particolare, i processi di integrazione regionale sono spesso indotti (o giustificati) da ragioni economiche, perché una maggiore circolazione delle persone, dei prodotti e dei fattori di produzione è in grado di aumentare i flussi economici e di portare allo sviluppo della regione<sup>33</sup>.

Comunque la costruzione di mercati comuni o di aree doganali spesso sembra solo lo strumento tattico per avviare i processi di integrazione regionale, al fine di raggiungere obiettivi strategici di natura politica.

Questa è stata l'idea ispiratrice della Dichiarazione del 9 maggio 1950 del ministro degli Esteri francese Schumann, ispirata da Jean Monnet, che è considerata come il punto di partenza del processo di integrazione europea, la quale ha proposto che «la fusione della produzione di carbone e di acciaio assicurerà subito la costituzione di basi comuni per lo sviluppo economico». Ma la costituzione del Mercato comune del carbone e dell'acciaio è chiaramente la «prima tappa della Federazione europea, e cambierà il destino di queste regioni che per lungo tempo si sono dedicate alla fabbricazione di strumenti bellici di cui più costantemente sono state le vittime».

Allo stesso modo, in America Latina, il Mercosur, il Nafta, la Comunità Andina e il Sica si propongono di costruire una integrazione economica tra gli Stati della stessa regione.

In ogni modo sono la democrazia, la pace e il rispetto dei diritti umani che vengono posti alla base del processo di integrazione in Sud-America come affermato dalla Dichiarazione di Foz de Iguazú del 1985, firmata da Argentina e Brasile e dalla *Acta de Amistad Argentino Brasileña*

---

<sup>33</sup> Cfr. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Estado actual y perspectivas de la integración jurídica en América*, in *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., pp. 107-166.

*en Democracia, Paz y Desarrollo* del 1986, che ha anticipato il Trattato di Asunción del 1991<sup>34</sup>.

Sebbene il trattato che istituisce il Mercosur, così come i trattati istitutivi delle Comunità europee degli anni cinquanta del secolo scorso, non facciano alcun riferimento ai diritti umani, essi compaiono in altre fonti di organizzazioni regionali, come per esempio nella *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur* del 1996, nel *Protocolo de Ushuaia* del 1998, nel *Protocolo de Asunción* del 2005.

Allo stesso modo, per quel che riguarda la Comunità Andina, l'*Acuerdo de Cartagena* stabilisce una profonda interconnessione tra gli obiettivi economici del CAN e la necessità di garantire un costante miglioramento del livello di vita degli abitanti della subregione (art. 1).

La *Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración*, firmata a Santafé de Bogotá il 7 agosto 1998, stabilisce che la CAN è una comunità di nazioni democratiche che rispettano i diritti umani e le libertà fondamentali.

Inoltre, l'integrazione regionale mette in evidenza gli aspetti sociali del movimento delle persone, come quelli relativi ai rapporto di lavoro<sup>35</sup>; alla circolazione di studenti e insegnanti<sup>36</sup>; ai diritti delle popolazioni native<sup>37</sup>, ecc.

I processi di integrazione regionale possono riferirsi direttamente al tema dei diritti umani, come accade nei casi della *Convención Americana de los derechos humanos* (CADH)<sup>38</sup> e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Questi trattati regionali non mirano a realizzare una integrazione politica, ma a stabilire standard continentali nella applicazione dei diritti umani.

<sup>34</sup> Cfr. A. MENSA GONZÁLEZ, *Los derechos humanos en la normativa mercosureña*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., p. 209 ss.

<sup>35</sup> L. PACHECO ZERGA, *Trabajo*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., p. 682 ss.

<sup>36</sup> T. PALERMO BUTI, M.F. BURALLI VIGNA, *Integración universitaria en el Mercosur*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., p. 344 ss.

<sup>37</sup> Cfr. J.J. FAUNDES, *Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., p. 571 ss.

<sup>38</sup> Cfr. O. HUERTAS DÍAZ, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, a cura di M.I. Álvarez Ledesma, R. Cippitani, cit., I, p. 264.

#### 4. Le corti e la costruzione del diritto regionale

Come detto in precedenza, gli accordi internazionali, che istituiscono forme di integrazione regionale, prevedono anche organismi di controllo sull'applicazione delle norme regionali.

Tali organismi possono avere carattere giurisdizionale o arbitrale. Per esempio il *Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos* contempla una Commissione<sup>39</sup>, composta da esperti indipendenti, e una Corte.

Un ruolo particolarmente importante è svolto dalle istituzioni giudiziarie dei sistemi giuridici regionali in Europa e in America Latina<sup>40</sup>: la Corte di giustizia dell'Unione europea (in appresso denominata Corte di giustizia), la Corte europea dei Diritti dell'uomo (Corte EDU), la *Corte Interamericana de los derechos humanos* (Corte IDH), il *Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina* (TJCA), il Tribunale Permanente del Mercosur (TPR).

In ogni caso, i tribunali regionali hanno una specifica competenza in materia di interpretazione del diritto transnazionale.

È il caso della Corte IDH che, secondo l'articolo 62.3 CADH «*tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención*».

Normalmente, i tribunali regionali hanno competenze giudiziarie (cfr. art. 62.3 CADH), oppure svolgono una funzione consultiva (cfr. art. 64, par. 1, CADH).

Nello svolgimento delle loro funzioni, le corti regionali raggiungono due risultati di rilievo: la elaborazione dei contenuti dei diritti individuali di origine regionale e la identificazione del sistema giuridico di riferimento.

Riguardo al primo risultato, l'integrazione regionale, anche se è solo una forma più sviluppata delle relazioni internazionali, rappresenta un vero salto di qualità per l'impatto sui diritti dei singoli.

Infatti, la maggiore concretezza e la vicinanza delle organizzazioni regionali, come pure la presenza di organi giudiziari o arbitrali assicurano una maggiore influenza del diritto transnazionale su quello interno.

Come sottolineato dal TPR del Mercosur, citando l'Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea, Paolo Mengozzi, l'interpretazione dei tribunali regionali ha portato ad una considerazione delle persone

<sup>39</sup> Cfr. J.C. COSTA, *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, in *Diccionario Histórico Judicial de México*, cit., I, p. 185.

<sup>40</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva*, n. OC-1/82, 24 settembre 1982, par. 19: gli *Otros tratados* possono costituire oggetto della funzione consultiva della Corte (art. 64 della Convenzione interamericana dei diritti umani).

come soggetti degli ordinamenti giuridici transnazionali<sup>41</sup>.

Infatti il ‘modello regionale’ di tutela dei diritti umani è più sviluppato, rispetto a quello ‘universale’, per il ruolo che le persone fisiche o giuridiche hanno in fase di impulso o di implementazione degli effetti delle sentenze<sup>42</sup>.

L’attività interpretativa all’interno del sistema regionale porta a identificare il significato e determina lo sviluppo di concetti relativi ai diritti previsti dalle fonti giuridiche extranazionali.

Per esempio, nella giurisprudenza della Corte IDH è possibile trovare la definizione dei diritti previsti dalla *Convención Americana*, come la libertà di espressione (articolo 13)<sup>43</sup>, quella di religione (articolo 12), il diritto di circolazione (articolo 22)<sup>44</sup>, il diritto alla salute<sup>45</sup>, il diritto di associazione (articolo 16), i diritti politici (art. 23 e ss.)<sup>46</sup>, i diritti delle donne<sup>47</sup>, dei bambini<sup>48</sup>, degli immigrati<sup>49</sup>.

Emblematica è l’elaborazione del significato del diritto di proprietà, riconosciuto dall’articolo 21 del *Convención Americana*.

Nel caso *Yakye Axa c. Paraguay*<sup>50</sup>, la Corte ha dichiarato la responsabilità del Paraguay per non aver garantito la tutela effettiva dei diritti di una comunità indigena sulla terra dove tale comunità vive. Secondo la Corte IDH la comunità indigena è da considerarsi ‘proprietaria’ dei suoi territori ‘ancestrali’, perché essa ha un rapporto economico, sociale e culturale con

<sup>41</sup> TPR Mercosur, *Opinión Consultiva* n. 1/2007, 3 aprile 2007.

<sup>42</sup> A. MARCHESI, *Derechos humanos (protección internacional)*, in *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., I, p. 408 ss.

<sup>43</sup> A. CASTILLA JUÁREZ KARLOS, *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2011, p. 73 ss.

<sup>44</sup> Corte IDH, 31 agosto 2004, *Ricardo Canese/Paraguay*, Serie C n. 111, che fa riferimento all’O.N.U.

<sup>45</sup> Corte IDH 4 luglio 2006, *Ximenses Lopes/ Brasil*, Serie C n. 149.

<sup>46</sup> Per esempio, Corte IDH, 6 agosto 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C n. 184.

<sup>47</sup> M.J. Franco Rodríguez, *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2011, p. 82.

<sup>48</sup> R.A. ORTEGA SORIANO, *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2011, p. 48.

<sup>49</sup> J. MORALES SÁNCHEZ, *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2011, p. 68.

<sup>50</sup> Corte IDH, 17 de giugno 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, Serie C n. 25. cfr. le osservazioni L. CASSETTI, *Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, in <<https://www.google.it/#q=cassetti+il+diritto+di+vivere>> (ultimo accesso 28.04.2014), spec. p. 7.

la terra. La tutela di questo tipo di diritti di proprietà è funzionale al godimento degli diritti umani dei popoli indigeni: il diritto alla vita, il diritto alla identità etnica e alla cultura, il diritto all'integrità personale. Da quel caso emerge l'idea che la Corte ha della proprietà come un insieme di aspetti materiali e componenti immateriali, politici, simbolici, culturali.

Secondo la Corte IDH, il concetto di 'proprietà' della Convenzione non deve essere considerato nello stesso significato consacrato nella tradizione del diritto civile, come il diritto di godere e disporre di un bene materiale (cfr. la definizione di cui all'art. 832 del codice civile italiano)<sup>51</sup>.

Anche nella giurisprudenza della Corte EDU è possibile trovare un'idea di proprietà che non è quella tradizionale, almeno nei Paesi di *civil law*. Secondo la Corte di Strasburgo la nozione di proprietà comprende: diritti d'autore, brevetti, avviamento, *know-how*, i crediti, le posizioni giuridiche di vantaggio, soprattutto quelli derivanti da contratti e da rapporti di natura giudiziaria e amministrativa, crediti derivanti da sentenze, concessioni amministrative, il diritto di ricevere le prestazioni sociali, i diritti acquisiti e poi revocati da una legislazione successiva<sup>52</sup>.

Nel sistema regionale la proprietà è considerata come uno dei diritti fondamentali, come strumento essenziale per assicurare le altre libertà e diritti, impulso all'iniziativa e alla crescita economica, un incentivo al risparmio a garanzia delle generazioni future (vedi il confronto con la Costituzione italiana analizzato da Massimo Paradiso)<sup>53</sup>.

Altri concetti sono elaborati al fine di attuare i diritti derivanti dalle fonti normative regionali. All'interno della giurisprudenza della Corte IDH, è possibile osservare la costruzione di nozioni come personalità giuridica<sup>54</sup>, identità personale (che si collega al diritto di avere un nome)<sup>55</sup>, il concetto di bambino<sup>56</sup> e di potestà genitoriale, la cura dell'interesse del minore, la capacità giuridica<sup>57</sup>, una nozione sostanziale e non solo formale della

<sup>51</sup> Cfr. Corte EDU, n. 11810/03, *Maurice v. France* e n. 1513/03, *Draon v. France*, entrambe del 2005, riguardanti la legge francese n. 2002-2003 del 4 marzo 2002, che limita le conseguenze del risarcimento in caso di errore nella diagnostica pre-natale.

<sup>52</sup> In generale cfr. M. DE NONNO, *Propiedad en la Convención Europea de los Derechos Humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 537 ss.

<sup>53</sup> M. PARADISO, *Propiedad (Perfiles de derecho supranacional)*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 543 ss.

<sup>54</sup> Corte IDH, 17 luglio 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, Serie C n. 25, par. 84.

<sup>55</sup> Cfr. per esempio Corte IDH, 1 marzo 2005, *Las Hermanas Serrano Cruz c. El Salvador*, Serie C n. 120, par. 120).

<sup>56</sup> Cfr. Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, 28 agosto 2002, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*.

<sup>57</sup> Secondo il parere da ultimo citato «*Los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como incapaz y logrando el respeto de*

famiglia<sup>58</sup> e altri concetti ancora.

L'elaborazione di tale insieme di concetti giuridici produce un fenomeno interessante, che è qualcosa di inaspettato dal punto di vista del diritto internazionale.

Invece che riferirsi ad una ampia nozione di universalità dei diritti umani, le corti regionali sostengono che la loro attività interpretativa si basa su un vero e proprio sistema giuridico.

La Corte di giustizia delle allora Comunità europee ha riconosciuto l'esistenza dell'ordinamento giuridico comunitario nella giurisprudenza *Van Gend en Loos* del 1963, all'inizio della storia dell'integrazione europea<sup>59</sup>; la Corte EDU si considera come 'garante costituzionale dell'ordine pubblico europeo'<sup>60</sup>; il TJCA usa le espressioni *Ordenamiento jurídico Andino* o *Derecho Andino*; il TPR fa riferimento ad una *Base di jurídica de Mercosur*; la Corte IDH sostiene che gli strumenti giuridici che tutelano i diritti umani sono da considerare un sistema giuridico<sup>61</sup>.

L'esistenza di un sistema giuridico regionale è riconosciuta, seppure con qualche ritardo rispetto alla giurisprudenza, anche dalla dottrina giuridica. Se in Europa è oramai un fatto indiscutibile, in America Latina gli studiosi stanno cominciando ad accettare la presenza di un «diritto americano dei diritti umani»<sup>62</sup>, anche sulla base della giurisprudenza della Corte IDH.

Il diritto regionale viene riconosciuto come autonomo dalle corti. Come ha affermato la Corte di giustizia dell'Unione: «a differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in

---

*todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional. Además, se enfatiza la protección a la familia por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares».*

<sup>58</sup> La Corte IDH fa riferimento alla Corte EDU per identificare la nozione di 'famiglia', che non dovrebbe essere limitata a quella basata sul matrimonio (Corte IDH, *Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*). Cfr. A. PALAZZO, *Familia*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 259 ss.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, 26/62, in causa *Van Gend en Loos c. Administratie der Belastingen*, in «Raccolta», 1963, p. 3.

<sup>60</sup> Corte EDU, 23 marzo 1995, *Loizidou v. Turkey*, n. 15318/89, in «Rivista internazionale dei diritti dell'uomo», 1995, p. 483.

<sup>61</sup> Corte IDH, 16 novembre del 2009, *González y otr. ('Campo Algodonero') c. Estados Unidos Mexicanos*, Serie C n. 205, par. 62.

<sup>62</sup> Cfr. A. CAVALLO GONZALO, *Surgimiento de un Derecho Americano de los Derechos Humanos*, in *Cuestiones Constitucionales*, «Revista Mexicana de Derecho Constitucional», n. 24, 2011, pp. 3-89; cfr. anche M. BECERRA, *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., pp. 275-292.

vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare»<sup>63</sup>.

Il sistema giuridico regionale non è più basato sul sistema tradizionale di relazioni internazionali finalizzato a realizzare il vantaggio reciproco degli Stati<sup>64</sup>.

Il sistema giuridico di riferimento regionale, a differenza di quelli nazionali, viene considerato 'aperto'.

Ciò perché «*los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*»<sup>65</sup>.

Inoltre si deve prendere in considerazione l'interpretazione fornita da altri giudici che si occupano delle stesse materie<sup>66</sup>. La giurisprudenza della Corte IDH, per esempio, di solito usa l'interpretazione della Corte EDU<sup>67</sup>. Il TPR basa il suo concetto di 'non discriminazione' sulla giurisprudenza della Corte di giustizia europea<sup>68</sup>.

L'apertura del sistema giuridico, a maggior ragione, comporta il riferimento alla giurisprudenza delle corti di una stessa regione. A titolo di esempio, si può prendere in considerazione il parere consultivo n. 1/2007 del TPR del Mercosur che considera come paradigmatico il meccanismo di interpreta-

<sup>63</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, 6/64, in causa *Costa c. ENEL*, in «Raccolta», 1964, p. 1195.

<sup>64</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-2/82*, 24 settembre 1982, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, par. 29.

<sup>65</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-16/99*, 1° ottobre 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, p. 67 s.; Id., *Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Riguardo alla Convenzione europea dei Diritti umani, cfr. Corte EDU, 30 giugno 1993, *Sigurður Sigurjónsson/Iceland*, n. 16130/90, in «Raccolta»1993, p. 264; Id., 25 aprile 1978, *Tyrer v. United Kingdom*, n. 5856/72; Id. 6 maggio 1981; *Commissione europea per i Diritti umani c. Germania*, in «Foro italiano», 1981, IV, cc. 273 ss.; Id. 18 febbraio 1999, *Matthews v. United Kingdom*, n. 24833/94, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 1999, p. 1089 ss.

<sup>66</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva*, OC-5/85 del 13 novembre 1985, *La colegiación obligatoria de periodistas*.

<sup>67</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva*, OC-16/99 del 1° ottobre 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, p. 67, cita la giurisprudenza della Corte EDU, nella specie: *Tyrer /Regno Unito* (1978), *Marck* (1979), *Loizidou* (1995). Come afferma M.E. VENTURA ROBLES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in «XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos IIDH del 19 al 28 de giugno del 2001», p. 9: «*El primer Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basó fundamentalmente en el Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez había tomado como ejemplo el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia, el cual es un procedimiento para contenciosos interestatales*» <<http://www.iidh.ed.cr/documentos/herped/PedagogicasEspecializado/21.pdf>>, (ultimo accesso 28.04.2014).

<sup>68</sup> TPR Mercosur, laudo n. 1/2005.

zione pregiudiziale del TJCA, tenendo conto della necessità di sviluppare un diritto sovranazionale latinoamericano.

Il sistema giuridico regionale comporta problemi di coordinamento nel rispetto della legge nazionale.

Tali problemi non possono essere affrontati solo con gli strumenti di diritto internazionale, ma con lo sviluppo di strumenti specifici.

Così in Europa, come si evince dalla precedente citazione della sentenza *Costa c. Enel*, la Corte di giustizia utilizza la teoria ‘monistica’, secondo cui il diritto comunitario è integrato con i sistemi giuridici nazionali.

Questa integrazione si realizza secondo il criterio della prevalenza dell’ordinamento comunitario su quelli nazionali: «Tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie, e più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l’impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all’ordinamento comunitario. Se l’efficacia del diritto comunitario variasse da uno stato all’altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l’attuazione degli scopi del Trattato»<sup>69</sup>.

Occorre osservare che questo approccio è stato inizialmente respinto dai giudici costituzionali nazionali, che hanno sostenuto un modello diverso ‘dualistico’, basato sui due ordinamenti (quello comunitario e quelli nazionali)<sup>70</sup>. Alla fine la teoria monistica della Corte è riuscita a prevalere sull’approccio delle Corti costituzionali nazionali<sup>71</sup>.

La prevalenza del diritto regionale è affermata anche in America Latina. Per il TPR, infatti, il ‘diritto dell’integrazione’ per sua natura e finalità deve essere sempre prevalente sul sistema giuridico nazionale. In caso contrario, il processo di integrazione regionale perderebbe significato<sup>72</sup>.

La prevalenza dell’ordinamento regionale è considerato come conseguenza dell’obbligo dello Stato membro «*a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*» (cfr. art. 1.1 CADU).

<sup>69</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, 6/64, in causa *Flaminio Costa c. ENEL*, cit.

<sup>70</sup> Per esempio cfr. le sentenze della Corte costituzionale italiana n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991. Cfr. anche G. TESAURO, *Diritto comunitario*, CEDAM, Padova 1995, p. 120; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino 1997, p. 12.

<sup>71</sup> Il *revirement* della Corte costituzionale italiana si ebbe con la sentenza *Granital c. Amministrazione delle Finanze* (n. 170 del 1984).

<sup>72</sup> TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 1/2007, 3 aprile 2007.

L'obbligo di rispettare il diritto regionale riguarda non soltanto le sentenze, ma anche i pareri consultivi dei giudici regionali<sup>73</sup>.

Come la dottrina giuridica latinoamericana afferma, i giudici nazionali devono realizzare il cosiddetto 'controllo di convenzionalità'<sup>74</sup>, vale a dire devono verificare la conformità del diritto interno con la normativa regionale, fino alla disapplicazione delle norme interne.

Tale teoria è stata originata dalla giurisprudenza della Corte IDH nel caso *Almonacid Arellano e al. c. Chile* del 2006 e poi sviluppata in una successiva ventina di sentenze, diventando un importante strumento per interpretare sia la legge regionale che quella nazionale.

Secondo la Corte IDH, il controllo di convenzionalità deve essere effettuato d'ufficio dai giudici, ma anche da tutti i funzionari degli Stati membri (cfr. la giurisprudenza *Furlan y familiares c. Argentina* del 2012)<sup>75</sup>.

In Europa e in America Latina questo ruolo dei giudici del sistema regionale è stato accettato dai giudici nazionali, in particolare quelli che svolgono la funzione di tribunali costituzionali.

In Messico, per esempio, il controllo di convenzionalità da parte dei giudici nazionali è stato affermato dalla Suprema Corte de Justicia de la Nación il 14 luglio 2011 nella giurisprudenza *Rosendo Radilla Pacheco*.

Secondo la Suprema Corte, il controllo di convenzionalità deve essere effettuato in tre fasi: l'interpretazione conforme in un senso ampio, che prevede che i giudici devono interpretare il diritto interno, dal punto di vista della Costituzione e dei trattati internazionali; un'interpretazione conforme in senso stretto, secondo cui il giudice deve scegliere, tra le diverse interpretazioni conformi alla Costituzione e ai trattati internazionali, quelle che meglio rispondono alle finalità del diritto regionale. Se il diritto nazionale non è conforme alla costituzione e ai trattati internazionali, la disposizione interna non sarà applicabile.

---

<sup>73</sup> Cfr. per esempio L. CASTILLO CÓRDOVA, *La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit. 2013, pp. 293-342, specialmente p. 300.

<sup>74</sup> Cfr. E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Editorial Porrúa, México, 2008, *passim*.

<sup>75</sup> A.A. ROJAS CABALLERO, *El control de convencionalidad ex officio. Origen en el ámbito regional americano, obligatoriedad para los jueces mexicanos, precisión de sus alcances y retos para el Poder Judicial de la Federación*, in «Serie Cuadernos de Jurisprudencia», 8, SCJN-Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética judicial», México, 2012, pp. 43-44.

### 5. L'approccio 'regionale' alla interpretazione giuridica

L'elaborazione dei diritti individuali nell'ambito di un ordinamento giuridico autonomo sono il risultato di un approccio interpretativo interessante e originale.

In forza della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, l'interpretazione si focalizza sul singolo strumento internazionale, attraverso un procedimento sequenziale, che inizia con l'analisi del testo, passando per l'esame del contesto, fino alla interpretazione della finalità dell'accordo, nel caso in cui l'interpretazione del testo non porti ad un significato abbastanza chiaro<sup>76</sup>.

Si tratta di un approccio interpretativo ispirato dal positivismo giuridico e che trova riscontro in alcune fonti giuridiche nazionali (si pensi all'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile italiano) e generalmente accolto nella dottrina giuridica<sup>77</sup>.

I tribunali regionali, sebbene amino prodursi in un ossequio formale ai mezzi interpretativi 'usuali'<sup>78</sup>, in realtà adottano una strategia 'olistica' e 'teleologica'.

Olistica perché, come si è osservato, essi non interpretano un trattato, o comunque uno specifico testo giuridico, ma piuttosto un vero e proprio ordinamento giuridico regionale.

Inoltre l'interpretazione dei tribunali regionali è essenzialmente teleologica.

L'interpretazione finalistica prevista dal diritto internazionale, in particolare dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati («Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo»), a livello regionale è applicata regolarmente ed in modo rigoroso.

Soprattutto i tribunali regionali che si occupano di diritti umani indicano chiaramente la necessità di garantire l'effettiva tutela degli esseri umani, indipendentemente dalla cittadinanza delle persone o da altre circostanze<sup>79</sup>.

Appartiene, per esempio, alla Corte interamericana il compito di

<sup>76</sup> M. HALLIVIS PELAYO, *Interpretación de tratados internacionales tributarios*, Editorial Porrúa, México 2011, p. 268 ss.

<sup>77</sup> Si permetta il rinvio a R. CIPPITANI, *Il diritto diviso*, CEDAM, Padova 1998.

<sup>78</sup> Per esempio cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 5 marzo 1996, *Brasserie du pêcheur c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame e al.*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in «Raccolta» 1996, p. I-1029 ss.

<sup>79</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, n. OC-17/2002, 28 agosto 2002, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

«garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados»<sup>80</sup>.

In caso contrario, le Corti sovranazionali non potrebbero svolgere il loro ruolo di custodi dei diritti umani nel sistema regionale<sup>81</sup>.

La necessità di una interpretazione finalistica si può rinvenire nella giurisprudenza di altri giudici regionali, anche se non si occupano dei diritti umani, come è possibile osservare nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>82</sup>, oppure in quella del TJCA<sup>83</sup> o del TPR.

Solo l'interpretazione teleologica permette di raggiungere gli scopi del sistema regionale, qualunque sia l'obiettivo da raggiungere: la protezione dei diritti umani, così come la realizzazione di un unico mercato o di un'unione doganale.

Dall'interpretazione teleologica i giudici regionali inoltre fanno discendere due importanti strumenti interpretativi: 'l'effetto utile' e il 'significato autonomo'.

Secondo il principio 'dell'effetto utile', l'interpretazione delle leggi regionali deve realizzarsi nella prospettiva di produrre la massima applicazione del sistema giuridico regionale<sup>84</sup>.

L'altro strumento interpretativo ampiamente utilizzato dai giudici regionali è la costruzione di un significato delle espressioni utilizzate nelle fonti regionali, che sia proprio di dette fonti e finalizzato al raggiungimento degli obiettivi dell'ordinamento giuridico.

Il significato autonomo non è certo quello 'comune' di cui parla la Convenzione di Vienna, ma presenta aspetti tecnici intimamente connessi all'ordinamento regionale.

Questo significato autonomo è necessario per garantire la sopravvivenza del diritto regionale, che altrimenti verrebbe applicato in modo molto diverso

<sup>80</sup> Corte IDH, *Gallardo [e al.]*, cit. par. 16.

<sup>81</sup> Corte IDH, 21 giugno 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin e al. c. Trinidad y Tobago*, Serie C n. 94, par. 19.

<sup>82</sup> Sull'importanza dell'interpretazione teleologica nell'attività della Corte di giustizia, cfr. C. JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in «Rivista critica di diritto privato», 2001, p. 499.

<sup>83</sup> Tribunal CA proc. 2-AI-1996.

<sup>84</sup> Cfr. per esempio le sentenze della Corte di giustizia del 4 ottobre 2001, C-403/99, in causa *Italia c. Commissione*, in «Raccolta», 2001, p. I-6883 e del 13 febbraio 1969, *Walt Wilhelm e al. c. Bundeskartellamt*, C-14/68, in «Raccolta» 1969, p. 1; cfr. anche Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-1/82*, 24 settembre 1982, *Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte*, cit. Cfr. anche J. CARDONA LLORENS, *Memoria del Seminario "El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI"*, Tomo I, San José, Costa Rica, 23-24 novembre 1999, II ed., p. 321, in <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>> (ultimo accesso 28.04.2014).

in ciascuno Stato, e in contrasto con principi quali la parità di trattamento dei soggetti giuridici, indipendentemente dalla loro origine nazionale<sup>85</sup>.

La Corte interamericana, ad esempio, adotta un significato autonomo, quando deve determinare il significato della parola 'legge' in un trattato internazionale. Il significato della parola deve essere coerente con il sistema di protezione dei diritti umani ed è strettamente legato alla natura e all'origine di quel sistema. Quindi non può essere inteso come 'legge' qualsiasi regola che disciplina i diritti umani, ma solo i testi legislativi adottati dalle istituzioni e in base a una procedura richiesta dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato<sup>86</sup>.

Il contributo dei tribunali all'integrazione legale di una regione naturalmente va oltre la funzione giudiziaria.

La giurisprudenza regionale ha un impatto molto significativo sulle riflessioni dottrinali. Nell'Unione europea la Commissione Lando, per esempio, è stata ispirata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per l'elaborazione dei principi di diritto contrattuale quali quelli in merito alla responsabilità civile<sup>87</sup> o alla forza maggiore<sup>88</sup>.

Infine, l'autorità dei giudici regionali determina l'esercizio di altri poteri, in particolare quello esecutivo e legislativo.

Nell'Unione europea, la Commissione e le altre istituzioni riconoscono il ruolo essenziale della giurisprudenza per applicare il diritto regionale e per la elaborazione delle nuove fonti<sup>89</sup>.

Inoltre la giurisprudenza regionale ha una grande influenza sullo sviluppo del diritto positivo nazionale. Un esempio recente è l'adozione della nuova

<sup>85</sup> Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 9 novembre 2000, C-357/98, in causa *The Queen c. Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, in «Raccolta» 2000, p. 9256 ss., par. 26; 19 settembre 2000, C-287/98, in causa *Lussemburgo c. Linster*, in «Raccolta» 2000, p. 6917, par. 43; 4 luglio 2000, C-387/97, *Commissione c. Grecia*, in «Raccolta» 2000, p. 5047 ss.; 18 gennaio 1984, C-327/82, in causa *Ekro c. Produktschap voor Vee en Vlees*, in «Raccolta» 1984, p. I-107 ss., par. 11. Per quanto riguarda l'applicazione di questo principio anche nei rapporti di diritto privato, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2000, C-373/97, in causa *Dionisios Diamantis c. Elliniko Dimosio, Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, in «Raccolta» 2000, p. I-1705 ss., par. 34; e del 12 marzo 1996, C-441/93, in causa *Pafitis e al. c. TKE e al.*, in «Raccolta» 1996, p. I-1347 ss., parr. 68-70.

<sup>86</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva C-6/86 del 9 maggio 1986, *La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención americana sobre derechos humanos*.

<sup>87</sup> Cfr. *I principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castranovo, Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

<sup>88</sup> O. LANDO, *The rules of European contract law*, in *Commissione europea, DG Ricerca, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 ss.

<sup>89</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione, *A more coherent European contract law – An action plan*, COM (2003) 68, 12 febbraio 2003, soprattutto par. 4.

*Loi* francese sulla bioetica. Il Parlamento francese e gli organi consultivi (come il Conseil d'État) in tutti i documenti cercano di proporre un testo che sia coerente con la giurisprudenza della CEDU<sup>90</sup>.

La funzione dei giudici regionali non è sempre ben compresa.

In Europa la dottrina afferma che il diritto dell'Unione europea è «poco profondo»<sup>91</sup>, soprattutto in materie come il diritto civile, ed è caratterizzato da molte «lacune»<sup>92</sup>, nonché dalla mancanza di una 'parte generale' del diritto<sup>93</sup>.

La Corte di giustizia, al fine di affrontare questa situazione, avrebbe svolto un potere legislativo, che finirebbe per sostituire quello delle istituzioni legislative<sup>94</sup>. Opinioni simili sono espresse con riferimento alla Corte EDU<sup>95</sup>.

Le critiche alle attività della Corte di giustizia europea sono accompagnate da quelle più generali riguardanti il cosiddetto *deficit* democratico dell'integrazione regionale<sup>96</sup>.

Come è accaduto in Europa, anche in America Latina molti autori criticano l'impatto della giurisprudenza dei tribunali regionali, che sarebbe il risultato di un attivismo giudiziario punitivo, antidemocratico e illiberale<sup>97</sup>.

Tuttavia, il cosiddetto *law making power* degli organi giudiziari come la Corte di giustizia appare un travisamento degli studiosi, che sono in difficoltà nell'affrontare il fenomeno, dal punto di vista del diritto internazionale tradizionale.

<sup>90</sup> Per esempio Cfr. R. CIPPITANI, *La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, in «Criminogenesis», n. 8, 2011.

<sup>91</sup> G. BADIALLI, *Il diritto degli Stati negli ordinamenti delle Comunità europee*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 35.

<sup>92</sup> F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in «Diritto commerciale degli scambi internazionali», 1983, p. 409 ss., in particolare p. 411; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in «The British Yearbook of International Law», 1981, p. 29 ss.

<sup>93</sup> P. PESCATORE, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, à de normes déduites de la comparaison des droits des Etats Membres*, in «Revue international de droit comparé», 1980, p. 341 ss., in particolare p. 357.

<sup>94</sup> Le opinioni contrarie sono poche. Cfr. U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decision-making Authority*, in «Michigan Law Review», 1983-1984, p. 1294 ss.

<sup>95</sup> Cfr. tra gli altri, P. MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in «Human Rights Law Journal», 194, 1998, p. 6 ss.; G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in «European Journal of International Law», 15, n. 2, pp. 279-280.

<sup>96</sup> Per esempio cfr. F.D. BUSNELLI, V. CALDERAI, *Declinazioni della persona: un itinerario dal diritto privato al diritto internazionale (passando per il diritto costituzionale)*, in «Giurisprudenza italiana», 2010, p. 10.

<sup>97</sup> E. SALGADO LEDESMA, *La probable inexecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuestiones Constitucionales*, in «Revista Mexicana de Derecho Constitucional», n. 26, 2012, p. 231.

Infatti, la Corte di giustizia può influenzare in modo efficace l'ordine giuridico europeo e il suo potere è caratterizzato da una discrezionalità particolarmente ampia.

Ma la Corte esercita solo un potere giudiziario, cioè interpreta e applica la legge<sup>98</sup>.

Non c'è una grande differenza tra tale situazione e l'attività svolta dai tribunali nazionali.

Come Bobbio ha sostenuto, il problema delle 'lacune' è ideologico: il linguaggio delle fonti giuridiche è sempre 'incompleto'<sup>99</sup>, in quanto esse non rappresentano tutte le fattispecie da regolare o comunque tutte le conseguenze della disposizione. Così l'interprete (giudice compreso) deve 'completare' il linguaggio legislativo<sup>100</sup>, come fa il giurista rispetto a qualunque tipo di testi<sup>101</sup>.

La grande discrezionalità dei giudici è una caratteristica della giurisdizione moderna, derivante dalla necessità di attribuire coerenza a un sistema giuridico sempre più complesso e multilivello<sup>102</sup>.

La particolarità è che i giudici regionali esercitano uno specifico potere giudiziario che si propone di interpretare e applicare il diritto regionale.

I tribunali regionali dal punto di vista interpretativo agiscono come i tribunali costituzionali nazionali, essendo lo strumento pensato dai trattati costitutivi per interpretare le fonti giuridiche del sistema giuridico regionale<sup>103</sup>. L'interpretazione fornita dai tribunali regionali è vincolata all'interno del sistema giuridico regionale e non è soggetta ad alcuna forma di ulteriore controllo giurisdizionale.

<sup>98</sup> Cfr. in particolare EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309 ss. Sulla differenza tra 'creatività' e funzione legislativa, cfr. M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1982, p. 774 ss.

<sup>99</sup> N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1950, p. 360 ss.

<sup>100</sup> Cfr. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in «Rivista di diritto commerciale», 1940, I, p. 212. Cfr. anche R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, Padova 1995, p. 125 ss. che fa riferimento alla 'cooperazione' tra legislatore e interprete.

<sup>101</sup> Umberto Eco mostra come tutti i testi sono «meccanismi pigri (o economici)», intesuti di spazi bianchi ed interstizi che vanno riempiti (U. ECO, *Lector in fabula*, Giuffrè, Milano 1989<sup>4</sup>, p. 52), così da richiedere la collaborazione dell'interprete.

<sup>102</sup> G. BISOGNI, *Juridicción moderna*, in *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., II, pp. 937-948.

<sup>103</sup> Sul ruolo interpretativo dei tribunali costituzionali, cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos*, in *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, cit., *passim*.

Come i tribunali costituzionali nazionali, i tribunali regionali non creano diritto *ex novo*, ma svolgono il processo interpretativo partendo dal diritto regionale, al fine di elaborare una ‘concretizzazione’ o una ‘estensione’. Spesso le fonti giuridiche del diritto regionale, in particolare i trattati ed i testi relativi ai diritti umani, sono espressi in un modo aperto, così da dover essere completati purché in modo coerente con le finalità del sistema giuridico transnazionale<sup>104</sup>.

L’approccio interpretativo dei giudici regionali ha un grande impatto sulle altre istituzioni, sugli studiosi e sui giudici<sup>105</sup>, per la loro «autorità morale e scientifica»<sup>106</sup>.

## 6. Il modello sovranazionale

La tutela dei diritti individuali attraverso il modello regionale, seppure ancor più sviluppato rispetto a quello internazionale, presenta dei limiti riferibili al sistema di esecuzione delle sentenze e di altri atti degli organi transnazionali.

In primo luogo, sia in Europa sia in America Latina, il sistema di protezione dei diritti di origine regionale prevede il ricorso ai giudici regionali, solo in caso di mancanza di vie di ricorso interne.

In secondo luogo, l’instaurazione del procedimento viene filtrato da organi non giudiziari, come la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*.

In terzo luogo, le sentenze non sono direttamente applicabili, appunto come di solito si verifica nel modello internazionale.

Inoltre, nelle organizzazioni regionali come la *Organización de los Estados*

<sup>104</sup> G. ZAGREBELSKY, *El juez constitucional en el siglo XXI*, in «El juez constitucional en el siglo XXI», a cura di E. FERRER MAC-GREGOR, C. de J. MOLINA SUÁREZ, Universidad Nacional Autónoma de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2009, p. 4 ss.

<sup>105</sup> Sulla funzione della Corte di giustizia nell’interpretazione del diritto dell’Unione Europea, cfr., tra gli altri: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 1994, p. 533; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, in «The British Yearbook of International Law», 1981, pp. 241-254; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles 1996, *passim*.

<sup>106</sup> J.C. HITTER, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, in «La Ley, LXXII», n. 179, p. 19.

*Americanos*, gli Stati sono soggetti alla decisione dei giudici solo su base volontaria<sup>107</sup>, in assenza dell'obbligo di applicare direttamente la giurisprudenza regionale (cfr. art. 38, par. 1, dello statuto della Corte IDH)<sup>108</sup>.

Una vera e propria evoluzione del diritto all'integrazione regionale è rappresentata invece dalle organizzazioni sovranazionali, quali l'Unione europea.

Anche le organizzazioni sovranazionali nascono con i mezzi previsti dal diritto internazionale, vale a dire dai trattati stipulati tra gli Stati membri.

In ogni caso, la sovranazionalità implica la perdita della sovranità degli Stati coinvolti nel processo in alcune o molte competenze<sup>109</sup>.

A parte le questioni terminologiche, i trattati che istituiscono le entità sovranazionali devono essere considerati come vere e proprie costituzioni, almeno per due ragioni, come afferma Arnold: tali trattati istituiscono un sistema istituzionale e un ordine di valori obbligatori per tutti gli organi e soggetti giuridici che appartengono allo spazio di competenza sovranazionale; essi sostituiscono gli ordinamenti giuridici nazionali con il diritto sovranazionale, almeno nelle materie per cui si è realizzato il trasferimento delle competenze<sup>110</sup>.

Oltre ad essere autonomo e prevalente, l'ordinamento sovranazionale è direttamente applicabile, in quanto «in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere *ipso jure* inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche – in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie»<sup>111</sup>.

La cessione di sovranità nella esperienza europea è stata chiaramente

<sup>107</sup> L. GIRAUDO, F. CARBONELL BELLOLIO, *Corte Interamericana de los Derechos Humanos*, in «Diccionario Histórico Judicial de México», cit., I, p. 275.

<sup>108</sup> Cfr. gli argomenti di BECERRA, *El Control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema*, cit.

<sup>109</sup> E. HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, in «International Organization», vol. 24, 1970, p. 610.

<sup>110</sup> ARNOLD, *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 555 ss.

<sup>111</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, 106/77, in causa *Ammministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, in «Raccolta» 1978 par. 17. Cfr., oggi, la Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona.

affermata dal caso *Van Gend en Loos*. Letteralmente, la Corte di giustizia ha affermato 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». La limitazione dei 'poteri sovrani' consente l'esercizio della sovranità da parte delle istituzioni comunitarie, che influisce sugli Stati.

In questo caso, sono individuate alcune istituzioni che esercitano i poteri, che non appartengono più agli Stati membri nelle materie di competenza sovranazionale.

Pertanto, la costruzione del sistema giuridico sovranazionale presuppone la creazione di un quadro istituzionale che solo in parte è riproducibile in altre forme di integrazione regionale.

Nell'Unione europea il potere legislativo è esercitato dal Parlamento europeo e dal Consiglio, il potere esecutivo dalla Commissione (ma anche dalla Banca Centrale Europea), il potere giurisdizionale dalla Corte di giustizia.

In particolare, viene istituito un sistema giudiziario con la responsabilità di interpretare e attuare il diritto sovranazionale.

All'interno dell'Unione Europea tale sistema giudiziario fa capo alla Corte di giustizia, che svolge molteplici competenze, di norma appartenenti a diversi tipi di giudici: il controllo della legittimità degli atti delle altre istituzioni (art. 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, di seguito denominato TFUE), le decisioni relative alla responsabilità contrattuale (art. 272 del TFUE) e la responsabilità extracontrattuale dell'Unione (articoli 268 e 340 del TFUE), le controversie di lavoro tra l'Unione e i suoi agenti (art. 270 del TFUE) e di altre competenze (art. 271 ss. del TFUE). In particolare, la Corte di giustizia europea ha la responsabilità relativa alla interpretazione pregiudiziale del diritto dell'Unione europea (art. 267 TFUE), che può essere richiesto da qualsiasi giudice nazionale, quando ha un dubbio sull'interpretazione diritto concernente una norma comunitaria. Quest'ultimo giudizio ha effetti *erga omnes*. In teoria gli altri tipi di decisioni sono vincolanti solo per le parti delle controversie. Tuttavia i principi elaborati in tali decisioni, come discusso in precedenza per tutti i giudici regionali, hanno un grande impatto sulla interpretazione del diritto dell'Unione europea nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea.

D'altra parte, il sistema giudiziario sovranazionale è formalmente costituito anche dai giudici nazionali, che realizzano diversi compiti molto importanti per l'intero ordine giuridico comunitario: essi, come si è accennato, possono chiedere alla Corte di giustizia un'interpretazione pregiudiziale; la loro giurisprudenza rappresenta il principale riferimento per stabilire il significato

di una norma nazionale<sup>112</sup>; assicurano l'applicazione del diritto sovranazionale nelle controversie che stanno decidendo<sup>113</sup>; interpretano il diritto nazionale nel quadro del diritto dell'Unione europea<sup>114</sup>, in particolare utilizzando il riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>115</sup>.

Le istituzioni sovranazionali emanano atti legislativi, esecutivi e giudiziari, che sono direttamente applicabili in tutti i Paesi dell'Unione, senza atti di ricezione da parte degli Stati membri, ad eccezione di quelli necessari per l'attuazione del diritto sovranazionale. Conseguenza del mancato rispetto da parte delle autorità pubbliche, nonché dei soggetti giuridici, sono le sanzioni imposte dalle istituzioni sovranazionali e nazionali.

In particolare, la violazione da parte degli Stati membri può essere sanzionata di fronte sia al giudice comunitario, sia a quelli nazionali.

È interessante che, nell'ambito del diritto dell'Unione europea, molti strumenti giuridici noti al diritto privato, possono essere utilizzati per imporre conseguenze negative agli Stati membri che non rispettano il diritto comunitario.

Si riconosce così la responsabilità dello Stato membro che non adempie al principio di leale cooperazione, in particolare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione». Gli Stati membri debbono facilitare «all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione» (cfr. art. 4, par. 3, TUE).

In caso di inadempimento (per una condotta positiva od omissiva) di tali obblighi la Corte ha riconosciuto la responsabilità dello Stato<sup>116</sup>, indipendentemente dall'organo la cui azione o inazione hanno causato l'inadempimento, anche se l'infrazione è stata commessa da un organo costituzionalmente indipendente<sup>117</sup>, come un ente locale o il potere giudiziario.

<sup>112</sup> Cfr. in particolare le sentenze della Corte di giustizia del 24 gennaio 2002, C-372/99, in causa *Commissione c. Italia*, in «Raccolta», 2002, p. I-819; 8 giugno 1994, C-382/92, in causa *Commissione c. Regno Unito*, in «Raccolta» 1994, p. I-2435 ss., par. 36; 29 maggio 1997, C-300/95, in causa *Commissione c. Regno Unito*, in «Raccolta» 1997, p. I-2649 ss., par. 37.

<sup>113</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1978, C-106/77, in causa *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Simmenthal*, in «Raccolta» 1978, p. 629.

<sup>114</sup> Cfr., per esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 1996, C-168/95, in causa *Arcaro*, in «Raccolta» 1996, p. I-4705 ss., par. 41-43.

<sup>115</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 6 luglio 1995, C-62/93, in causa *BP Supergaz c. Grecia*, in «Raccolta» 1995, p. I-1883 ss.

<sup>116</sup> Tra gli altri cfr. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 1990, C-34/89, in causa *Italia c. Commissione* in «Raccolta» 1990, p. I-3613 ss.

<sup>117</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003, C-129/2000, in causa *Commissione c. Italia*, in «Raccolta» 2003, p. I-14672 ss.

Altra tipologia di obbligazione che è utilizzata dalla Corte di giustizia nella prospettiva sovranazionale è la ‘ripetizione del pagamento indebito’.

Un caso di ripetizione dell’indebito, si verifica quando uno Stato membro applichi tributi nazionali in violazione della normativa dell’Unione europea: lo Stato deve rimborsare tali imposte<sup>118</sup>.

Un altro caso trattato dalla Corte di giustizia è l’erogazione non corretta di finanziamenti dell’Unione europea. Le somme illegittimamente percepite dai beneficiari devono essere recuperate dallo Stato.

La responsabilità civile dello Stato è riconosciuta anche da altri giudici regionali, anche se non inclusi in un quadro istituzionale sovranazionale. È il caso della Corte EDU (cfr. art. 41 ss. CEDU), della Corte IDH (cfr. art. 68 della *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*) e del TPR, in America Latina<sup>119</sup>.

Tuttavia, come sopra accennato, la responsabilità internazionale degli Stati non produce effetti diretti<sup>120</sup>.

Inoltre all’interno del sistema giuridico giudiziario dell’Unione europea la responsabilità può essere accertata dai giudici nazionali, come stabilito dalla Corte di giustizia nel caso *Franovich*<sup>121</sup>, in cui lo Stato (nel caso di specie l’Italia) è stato ritenuto responsabile per il non recepimento di una direttiva dell’Unione europea. Come la Corte di giustizia ha dichiarato nella sua interpretazione pregiudiziale: «Va constatato che sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro» (punto 33 della sentenza).

## 7. Dai diritti economici verso lo status di cittadino dell’Unione europea

Tuttavia la caratteristica più importante del modello sovranazionale è proprio legata ai diritti individuali.

<sup>118</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 1988, C-104/1986, in causa *Commissione c. Italia*, in «Raccolta», 1988, p. 1799 ss., e 11 maggio 2006, C-197/03, in causa *Commissione c. Italia*, in «Raccolta», 2006, p. 1-60 ss.

<sup>119</sup> TPR del Mercosur, *laudo* n. 01/2007, p. 8.

<sup>120</sup> Corte IDH, 19 novembre 1999, *Los Niños de la Calle/Guatemala*, Serie C n. 63, par. 220.

<sup>121</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Franovich e Bonifaci c. Italia*, in «Raccolta» 1991, p. 1-05357 ss. Cfr. anche sentenza della Corte di giustizia dell’8 ottobre 1996, cause riunite C-178, 179, 188-190/94, in «Raccolta» 1996, p. 1-4845 ss.

Il sistema giuridico sovranazionale non solo è direttamente applicabile negli Stati membri. Come affermato nella sentenza *Van Gend en Loos*, l'ordinamento giuridico comunitario «riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini». La normativa comunitaria stabilisce diritti e doveri delle persone fisiche e degli altri soggetti ed è direttamente applicabile ai loro rapporti giuridici.

La Corte di giustizia afferma che «ciò è confermato dal preambolo del Trattato il quale, oltre a menzionare i governi, fa richiamo ai popoli», ed è anche «più concretamente ancora, dalla instaurazione di organi investiti istituzionalmente di poteri sovrani da esercitarsi nei confronti sia degli Stati membri sia dei loro cittadini».

La Corte precisa che tali diritti possono essere protetti direttamente dagli individui non solo davanti ai giudici comunitari, ma anche di fronte ai giudici nazionali.

Il riconoscimento dei diritti individuali e di rimedi processuali specifici sono stati lo strumento principale per affermare e rafforzare la *primaute*<sup>122</sup> comunitaria, che altrimenti avrebbe dovuto essere difesa attraverso sanzioni dirette agli Stati membri non sempre efficaci<sup>123</sup>.

Gli individui così assumono il ruolo di 'principali guardiani' del rispetto del diritto dell'Unione europea<sup>124</sup>.

Rispetto al modello più generale di integrazione regionale, l'approccio comunitario non considera le persone solo quali beneficiari indiretti dei diritti, ma anche capaci di esercitare tali diritti attraverso un sistema di azioni processuali sia a livello sovranazionale sia nazionale. Quindi, senza la mediazione degli Stati, che diventano anche controparti nei giudizi per proteggere tali diritti individuali.

Secondo il modello regionale di integrazione più comune, l'individuo ha diritto di rivendicare i propri diritti, previsti dalla legge regionale solo nei rapporti verticali, vale a dire rispetto agli Stati. I giudici regionali sono tenuti ad esercitare la loro competenza solo nel caso in cui i sistemi giuridici nazionali non concedano la tutela dei diritti anche protetti a livello regionale.

Nell'ambito dell'integrazione giuridica comunitaria, i diritti sono normalmente esercitati in tutti i rapporti, specialmente quelli 'orizzontali', cioè

<sup>122</sup> M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, in «Common Market Law Review», 1997, p. 308, afferma che «Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law».

<sup>123</sup> Cfr. COLCELLI, *Situaciones jurídicas subjetivas otorgadas por la Unión Europea*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 617 ss.

<sup>124</sup> J.H.H. WEILER, *La costituzione dell'Europa*, Il Mulino, Bologna 2003, p. 47.

le relazioni tra soggetti giuridici nei confronti di tutti i tipi di rapporti, pubblici o privati che siano.

L'approccio comunitario consente ai privati di proteggere i loro diritti contro gli Stati membri. Tuttavia la questione più importante è che la protezione e l'applicazione di tali diritti sovranazionali avviene giorno per giorno grazie al continuo lavoro interpretativo dei giudici e degli altri funzionari.

L'approccio comunitario produce non solo uno sviluppo qualitativo del diritto sovranazionale, ma anche una evoluzione quantitativa dei diritti provenienti dalla legge regionale.

Il caso dell'Unione europea è emblematico.

L'integrazione giuridica dell'Unione europea è partita con l'obiettivo di creare un mercato interno, che è uno spazio senza frontiere interne nel quale è assicurata la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali (cfr. art. 3, TUE e art. 26 TFUE).

Tale mercato interno non è né un luogo fisico in cui beni o servizi sono scambiati, né un contesto esclusivamente economico.

La creazione del mercato interno comprende anche l'adozione di misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, penale, commerciale e fiscale che hanno implicazioni transfrontaliere (cfr. artt. 81 e 82 del TFUE e art. 114 ss. TFUE), e, in particolare, il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni extragiudiziali e il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri (art. 81, par. 1, TFUE).

Infatti l'Unione si basa su «una compenetrazione non solo economica, ma anche giuridica degli Stati membri»<sup>125</sup>. Anche prima del Trattato di Amsterdam, il giudice comunitario aveva sostenuto che il concetto di mercato «mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno»<sup>126</sup>.

Al fine di raggiungere l'obiettivo della costruzione del mercato comunitario, i Trattati hanno fornito le 'libertà', fin dal primo momento fruibili da tutti soggetti giuridici.

Queste libertà, inizialmente attribuite esclusivamente ai lavoratori (dipendenti o autonomi) e imprenditori, sono state progressivamente estese

---

<sup>125</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 maggio 1982, C-155/79, in causa *AMOS Limited & Commissione*, in «Raccolta», 1982, p. 1575, par. 18.

<sup>126</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 1982, C-15/81, in causa *Schul*, in «Raccolta», 1982, p. 1409, par. 33.

ad altre persone (tirocinanti<sup>127</sup>, pensionati<sup>128</sup>, membri della famiglia dei lavoratori, anche se in pensione o deceduti<sup>129</sup>, turisti<sup>130</sup>, studenti<sup>131</sup>), a causa della 'interpretazione funzionale' del giudice comunitario<sup>132</sup>.

Successivamente, le libertà sono state riconosciute a tutte le persone, a causa della espansione delle competenze dell'Unione, in base all'Atto unico europeo, al Trattato di Maastricht e ai successivi trattati e soprattutto a causa della introduzione della 'cittadinanza dell'Unione europea' (cfr. artt. 9 TUE e 20 TFUE, nonché la Carta dei diritti fondamentali)<sup>133</sup>.

Pertanto l'evoluzione del diritto dell'Unione europea trasforma la libertà economica in un «diritto politico» con il sostegno fondamentale della Corte di giustizia<sup>134</sup>.

Le libertà di circolazione e di stabilimento includono implicitamente la capacità giuridica di essere parte di qualsiasi tipo di rapporto giuridico: comprare o affittare una casa, stipulare un qualsiasi altro tipo di contratto, sposarsi, riconoscere un figlio, accettare un'eredità e così via.

A questo riguardo, la normativa dell'Unione determina il superamento delle norme di diritto internazionale privato, in particolare il principio di reciprocità.

Non solo le persone provenienti da altri Stati membri sono autorizzate ad esercitare tutti i diritti, previsti per i soggetti giuridici nazionali. In alcune circostanze, se la disciplina di un caso è diversa in due Stati membri, la

<sup>127</sup> Cfr. le sentenze della Corte di giustizia 3 luglio 1986, C-66/85, in causa *Lawrie-Blum*, in «Raccolta» 1986, p. 2121, par. 19; 26 febbraio 1992, C-3/90, in causa *Bernini*, in «Raccolta» 1992, p. I-1071 ss.; 17 marzo 2005, C-109/04, in causa *Kranemann*, in «Raccolta» 2005, p. I-2421, par. 15 s.

<sup>128</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2001, C-165/98, in causa *Mazzoleni e ISA*, in «Raccolta» 2001, p. I-2189.

<sup>129</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2003, C-257/00, in causa *Nani Givane e al.*, in «Raccolta» 2003, p. I-345.

<sup>130</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 19 gennaio 1999, C-348/96, in causa *Calfa*, in «Raccolta» 1999, p. I-11, e 2 febbraio 1989, C-186/87, in causa *Cowan*, in «Raccolta» 1989, p. 195, par. 15.

<sup>131</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 febbraio 1985, C-293/83, in causa *Gravier c. Ville de Liège*, in «Raccolta» 1985, p. 593; Id. del 2 febbraio 1988, C-24/86, in causa *Blaizot c. Université de Liège e al.*, in «Raccolta» 1988, p. 379.

<sup>132</sup> Corte di giustizia, 23 marzo 1982, C-53/81, in causa *Levin c. Paesi Bassi*, in «Raccolta» 1985, p. 1035.

<sup>133</sup> Sul concetto di cittadinanza dell'Unione europea cfr. tra gli altri, C.F. MOLINA DEL POZO, *La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea*, in *Derechos Individuales e Integración Regional (Antología)*, cit., p. 167 ss.

<sup>134</sup> M. POJARES MADURO, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford University Press, Oxford 1998, p. 166.

persona può chiedere l'applicazione della normativa più favorevole. Uno dei più importanti esempi di implementazione di tali principi è la scelta del cognome per i figli. La Corte di giustizia nella sentenza *Carlos Garcia Avello*<sup>135</sup> ha preso in considerazione le norme previste dalla legge belga, che impedisce di attribuire il doppio cognome (formata dal nome del padre e di madre) al figlio di genitori spagnoli. In attuazione dei principi di non discriminazione (art. 18 TFUE) e di libertà di circolazione (art. 21 TFUE), la Corte ha dichiarato che il diritto dell'Unione osta a che l'autorità nazionale non accetti la determinazione del cognome secondo le regole di un altro Stato membro<sup>136</sup>.

In tal senso diritti dei soggetti giuridici sono esercitati all'interno di un vero e proprio quadro comunitario.

Il diritto comunitario considera non solo gli interessi patrimoniali. Infatti, i diritti umani sono essenziali per l'applicazione della legge civile dell'Unione Europea. La Corte di giustizia nella sentenza *Stauder*<sup>137</sup> afferma che tra i principi generali del diritto dell'Unione europea dovrebbero essere inclusi i diritti fondamentali delle persone fisiche. Questi diritti devono essere presi in considerazione, anche se non esplicitamente previsti nei Trattati, in quanto facenti parte delle Costituzioni degli Stati membri e previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La giurisprudenza ha così riconosciuto, anche nel diritto dell'Unione europea, diritti come la libertà di espressione<sup>138</sup>, il rispetto della vita privata<sup>139</sup>, i diritti di proprietà e l'esercizio di un'attività professionale, ecc.

La Corte sembra anticipare la normativa comunitaria che ha incominciato a prendere in considerazione i diritti umani solo dagli anni '90 del secolo scorso<sup>140</sup>.

<sup>135</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 ottobre 2003, C-148/02, in causa *Carlos García Avello*, in «Raccolta» 2003, p. I-11613. Più in generale, sulla questione dell'attribuzione del cognome nel diritto europeo, cfr. S. STEFANELLI, *Nombre y apellido*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 452 ss.

<sup>136</sup> Per la giurisprudenza italiana di applicazione del principio cfr. Corte di Cassazione, ordinanza n. 23934 del 22 settembre 2008.

<sup>137</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, C-29/69, in causa *Stauder c. Stadt Ulm*, in «Raccolta» 1969, p. 419.

<sup>138</sup> Cfr. ad esempio sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 1997, C-368/95, in causa *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags-und vertriebs GmbH c. Bauer Verlag*, in «Raccolta» 1997, p. I-3689.

<sup>139</sup> Tribunale di prima istanza, sentenza del 15 maggio 1997, T-273/94, in causa *N. c. Commissione*, «Raccolta» 1997, p. II-289, parr. 68, 71-74.

<sup>140</sup> E. FIERRO, *Legal Basis and Scope of the Human Rights Clauses in EC Bilateral Agreements: Any Room for Positive Interpretation?*, in «European Law Journal», VII, n. 1, marzo 2001, pp. 41-68.

Ma è solo dal 2001 che una disciplina organica di questi diritti (la Carta dei diritti fondamentali) è stata approvata e solo nel 2009 è divenuta una fonte costituzionale sulla base del trattato di Lisbona.

Il Trattato di Lisbona ha inoltre formalmente istituito un collegamento necessario tra l'Unione e il sistema della Convenzione europea dei diritti umani, prevedendo che la prima si basa sui diritti stabiliti dalla seconda (art. 6 TUE).

Come si può osservare l'integrazione sovranazionale, secondo il modello dell'Unione europea, implica non solo il riconoscimento di specifici diritti individuali derivanti dalla legge regionale o dei diritti umani stabiliti a livello internazionale e regionale.

Piuttosto, la sovranazionalità stabilisce un nuovo status individuale, come quello del cittadino dell'Unione europea, che raccoglie i diritti e gli obblighi riconosciuti e applicati dalle istituzioni sovranazionali e nazionali, soprattutto da parte dei giudici.

La Corte di giustizia europea è tornata più volte sul concetto di status di cittadino dell'Unione europea<sup>141</sup>. Le situazioni giuridiche stabilite dal diritto interno, applicabili ugualmente ai cittadini nazionali o comunitari, non devono essere in conflitto con il diritto dell'Unione europea<sup>142</sup>.

Se le regole interne hanno avuto l'effetto di privare i cittadini del godimento dei diritti connessi allo status di cittadino dell'Unione europea o addirittura costituiscono un ostacolo all'esercizio del diritto di circolazione e di soggiornare liberamente nel territorio di uno Stato membro<sup>143</sup>, tali norme non devono essere applicate<sup>144</sup>.

I diritti e gli obblighi in materia di stato si riferiscono a tutti i rapporti giuridici dei soggetti, pubblici e privati, siano essi rapporti orizzontali o verticali.

L'impatto dello status di cittadino dell'Unione europea può essere osservato non solo nelle (attualmente molteplici) competenze attribuite all'Unione

<sup>141</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2011, C-184/99, in causa *Grzelczk*, in «Raccolta» 2011, I-6193, 31; sentenza del 17 settembre 2002, C-413/99, in causa *Baumbast*, in «Raccolta» 2002, p. I-7091, par. 82.

<sup>142</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, C-224/98, in causa *D'Hoop*, in «Raccolta» 2002, p. I-6191, par. 28; sentenza del 23 aprile 2009, C-544/07, in causa *Rüffler*, in «Raccolta» 2009, p. I-3389, par. 62; sentenza del 21 luglio 2011, C-503/09, in causa *Lucy Stewart c. Secretary of State for Work and Pensions*, in «Raccolta» 2011, p. I-06497.

<sup>143</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, C-434/09, in causa *Shirley McCarthy*, e del 2 maggio 2003, C-148/02, in causa *Garcia Avello*, in «Raccolta» 2003, p. I-11613.

<sup>144</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 luglio 2011, C-503/09, in causa *Lucy Stewart c. Secretary of State for Work and Pensions*, cit., par. 83-84, la quale dichiara che il cittadino dell'Unione ha diritto a ricevere in tutti i Paesi membri lo stesso trattamento accordato ai cittadini nazionali.

europea, ma anche in settori, come il diritto di famiglia, che solo in parte sono disciplinati a livello sovranazionale (vedi l'art. 81 TFUE, che stabilisce una particolare procedura legislativa, che coinvolge solo il Consiglio, il Parlamento europeo avendo soltanto funzione consultiva, per giunta con voto unanime). In effetti, lo status riconosciuto dal diritto dell'Unione europea, sulla base della libertà di circolazione e di stabilimento delle persone, obbliga a riconoscere le situazioni giuridiche originarie in uno qualunque degli Stati membri, anche le situazioni non riconosciute in un determinato Stato: per esempio il matrimonio tra persone del medesimo sesso; la filiazione in conseguenza di pratiche come la maternità surrogata, ecc.

La cittadinanza dell'Unione europea è una idea dinamica, in costante sviluppo e che acquisisce continuamente nuove dimensioni: negli ultimi anni le fonti normative e la letteratura, per esempio, fanno riferimento a nuovi tipi di diritti, come la libertà di movimento dei 'conoscenti'<sup>145</sup>, o la necessità di estendere ancor più diritti per i cittadini non appartenenti all'Unione europea<sup>146</sup>.

#### *8. I diritti individuali nei processi di integrazione internazionale: qualche osservazione conclusiva*

In linea di principio, il diritto internazionale tradizionale è costruito per regolare il rapporto tra Stati, che non incidono direttamente sui diritti individuali.

Questa situazione è cambiata nella seconda metà del secolo scorso, quando i diritti umani sono stati affermati e protetti non solo dalle costituzioni nazionali, ma anche da trattati e organizzazioni internazionali. L'istituzionalizzazione delle relazioni tra Stati e l'importanza dei diritti umani hanno portato ad elaborare diverse fonti internazionali dedicate alla protezione di tali diritti.

Il *corpus iuris* internazionale dei diritti umani si comporta come altre normative internazionali, ma alcuni strumenti sono stati utilizzati al fine di trasporre i diritti negli ordinamenti giuridici nazionali: diverse costituzioni prevedono che le norme internazionali in materia di diritti umani siano

<sup>145</sup> Cfr. K.A. ADUNMO, *Libre circulación del conocimiento*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 423 ss.

<sup>146</sup> Cfr. la proposta contenuta in MOLINA DEL POZO, *La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los procesos de integración: ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea*, cit., p. 175 ss.

direttamente applicabili nel diritto interno; l'universalità di tali diritti è il terreno su cui i giudici nazionali devono basarsi per interpretare le norme interne; in alcuni casi sono istituiti giudici internazionali al fine di controllare la conformità del diritto statale con quello internazionale dei diritti umani.

I processi di integrazione regionale rappresentano forme di cooperazione internazionale caratterizzate da uno stretto collegamento tra paesi di una determinata regione del mondo. Nell'ambito regionale diventano più evidenti alcuni problemi, legati per lo più alla circolazione delle persone e dei beni, in particolare quelli riguardanti i rapporti transfrontalieri, nonché l'esigenza di trovare soluzioni condivise.

In questo contesto le relazioni intergovernative si rafforzano. Anche nei casi in cui non sono identificate istituzioni sovranazionali, i giudici regionali applicano i diritti stabiliti dalle fonti transnazionali. Ai giudici regionali possono ricorrere gli Stati membri e, in alcuni casi, anche soggetti giuridici privati, sebbene con alcuni limiti (per esempio l'aver esperito i mezzi di tutela nazionali; oppure passare per il filtro di una commissione).

Tuttavia, di solito le sentenze dei tribunali regionali non sono direttamente applicabili, ma hanno bisogno della cooperazione degli Stati membri.

In ogni caso, la presenza dei giudici regionali cambia profondamente la percezione dei processi di integrazione: la strategia interpretativa messa in atto dai giudici regionali, sulla base di un approccio teleologico, riconosce l'esistenza di un sistema giuridico che è prevalente su quelli nazionali. In più, i giudici regionali costruiscono il sistema giuridico arricchendolo di concetti giuridici autonomi e in particolare elaborano il contenuto dei diritti individuali derivanti dall'ordinamento giuridico regionale.

La sovranazionalità di alcune organizzazioni regionali, quale è oggi l'Unione europea, aggiunge al processo di integrazione la dimensione istituzionale, con organi che esercitano poteri non più attribuiti agli Stati membri. Questo tipo di integrazione consente di tutelare direttamente i diritti individuali previsti dal sistema giuridico regionale. Gli atti delle istituzioni sovranazionali sono direttamente applicabili ai soggetti giuridici ed esecutivi (cfr. art. 280 del TFUE, relativo alla sentenza della Corte di giustizia; si veda anche l'art. 299 del TFUE, per gli atti del Consiglio, della Commissione o della Banca centrale europea).

I diritti individuali, ma anche gli obblighi, derivanti dai sistemi giuridici sovranazionali, riguardano tutti i tipi di rapporti giuridici, e costituiscono il contenuto principale di un insieme complesso di situazioni giuridiche, che vanno a comporre un vero e proprio status individuale sovranazionale, come si verifica nel caso della cittadinanza dell'Unione europea.

Nel processo di integrazione regionale, e per di più nel caso di organizzazioni sovranazionali, come l'Unione europea, il diritto privato diventa strumento per obbligare lo Stato a rispettare il diritto internazionale e per rendere tale diritto direttamente applicabile.

In effetti una vera integrazione giuridica interstatale è possibile solo in caso di 'privatizzazione' del diritto regionale, cioè solo se le situazioni riconosciute nell'ordinamento giuridico sovranazionale influenzano i rapporti tra privati. In questo caso la legge sovranazionale penetrerà profondamente nel diritto interno, incidendo sulla vita delle persone e regolando tutti i loro rapporti giuridici.

Da questo punto di vista il diritto dei singoli torna alla sua funzione originaria di essere il fondamento o strumento del diritto internazionale (come pensava *Grotius* quando descriveva i rapporti internazionali attraverso gli strumenti dello *ius gentium* e dello *ius civile*).

Questo quadro suggerisce che, oggi, i diritti individuali di origine sovranazionale non sono un mero effetto indiretto del diritto internazionale. Essi dovrebbero essere il valore aggregante fondamentale, che rappresenta la base e la finalità delle moderne forme di collaborazione tra Stati. I diritti individuali sono al centro di tutti i processi internazionali che caratterizzano la nostra epoca, spesso in conflitto tra loro, come la globalizzazione, la regionalizzazione, la frammentazione degli Stati membri, le pretese di autonomia delle comunità locali e così via<sup>147</sup>.

Inoltre, il grado di protezione di tali diritti individuali rappresenta la misura della integrazione tra i membri: infatti, non può essere considerato un processo di integrazione transnazionale senza un processo parallelo di affermazione e protezione dei diritti.

Si può osservare che i diritti individuali identificati a livello transnazionale sono in grado di incidere sui diritti delle persone, anche se il grado di sovranazionalità non è ancora raggiunto.

Infatti, diversi meccanismi giuridici garantiscono la penetrazione dei diritti individuali nel diritto interno, come le disposizioni costituzionali o gli obblighi (positivi e negativi) dello Stato di rispettare gli strumenti internazionali.

Anche in questo caso lo strumento principale per far rispettare le norme regionali sui diritti umani è rappresentato dai tribunali costituzionali e dai giudici nazionali, che attraverso la loro attività interpretativa rendono coerente la legislazione nazionale con il contesto giuridico transnazionale.

Anche il potere legislativo è obbligato a rispettare la legge regionale o,

---

<sup>147</sup> F. TREGGIARI, *Integración jurídica y derecho común (historia y comparación)*, in *Diccionario analítico de Derechos humanos e integración jurídica*, cit., p. 297 ss.

almeno, trovare soluzioni per rendere il diritto interno conforme con esso, in modo da evitare la censura politica o la condanna del tribunale regionale.

L'applicazione di tale approccio interpretativo ha portato ad un impatto impressionante sulla elaborazione dei singoli diritti, estendendo i confini della nozione di diritti umani a questioni come, ad esempio, quella fiscale.

Come è stato suggerito, nel quadro costituzionale multilivello in cui i giudici e altri interpreti di oggi operano, il principale riferimento normativo deve essere il 'blocco di costituzionalità'<sup>148</sup>, vale a dire l'insieme di diverse disposizioni che tutelano i diritti umani.

In questo contesto l'attività di interpretazione non può semplicemente basarsi sulla tradizionale contrapposizione tra processo algoritmico e sequenziale dei giuspositivisti, né in una libera creazione del diritto<sup>149</sup>.

L'interpretazione nei processi di integrazione internazionali, basati sul riconoscimento dei diritti, appare una complessa operazione culturale che porta alla coerenza dei diversi frammenti normativi.

In questa prospettiva i giudici regionali stanno fornendo un importante contributo alla elaborazione di un nuovo approccio interpretativo più adatto alle attuali esigenze delle relazioni nel complesso spazio giuridico internazionale attuale<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr. R. ARNOLD, *La protección de los derechos fundamentales en Europa*, cit., p. 558 che ricorda che l'espressione 'blocco di costituzionalità' fu introdotta dal *Conseil Constitutionnel* francese nelle sentenze n. 71-44 DC del 16 luglio 1971, in «Journal officiel» 18 juillet 1971, p. 7114, che riguarda le molteplici fonti costituzionali riguardanti i diritti umani.

<sup>149</sup> Cfr. ampiamente M. HALLIVIS PELAYO, *Teoría General de la Interpretación*, Editorial Porrúa, Mexico, 2007, *passim*.

<sup>150</sup> J.P. PAMPILLO BALIÑO, *La integración jurídica del Continente Americano: una invitación a la ciencia jurídica para construir un nuevo jus commune*, in «ILSA Journal of International and Comparative Law», 2011, n. 3, p. 603 ss.

*The role of human rights and their interpretation by the courts  
in the process of international integration*

The process of international legal integration in the field of the human rights has resulted in a multilevel legal system rooted on different international law conventions, of a regional and universal kind. For this reason, a new approach to the legal interpretation of the applicable rules is needed in the settlement of cases. The a. makes a review of the relevant case-law of the regional European and Latin American Courts as regards the interpretation of human rights conventions. A pre-eminent role is given to the teleological approach based on the «*effèt utile*» and the «*autonomous meaning*». Such a method seems to support the idea that the international rules on the protection of human rights should be recognized as having a supranational character.

SEZIONE SECONDA  
CORTI DEI DIRITTI UMANI  
E PRIMATO DELLE COSTITUZIONI INTERNE



Paolo Carnevale e Giovanna Pistorio\*

*Il principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge fra garanzia costituzionale e salvaguardia convenzionale*

Il lavoro ricostruisce il lungo e complesso cammino giurisprudenziale alla ricerca del fondamento del principio di tutela del legittimo affidamento dinanzi alla legge nel nostro ordinamento costituzionale, per individuare, alla luce dei più recenti sviluppi, se tale principio riceva un riconoscimento diretto nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dunque anche nell'ordinamento italiano, grazie all'art. 117, comma 1, della Costituzione. Si tratta di una problematica che vede coinvolte sia la Corte costituzionale, sia la Corte EDU, le cui pronunce forniscono importanti spunti di riflessione su questioni e problematiche ancora aperte sul tema della tutela del legittimo affidamento.

*1. Premessa*

Il lungo, articolato e complesso cammino alla ricerca del fondamento del principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge nel nostro ordinamento costituzionale ha conosciuto, in questi ultimi anni, un nuovo ed interessante approdo. Il riferimento è al tentativo di individuare un riconoscimento diretto del principio in parola nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle

---

\* Il presente saggio è frutto della comune riflessione dei due autori. Tuttavia, a Paolo Carnevale sono da ascrivere direttamente i par. 1-4, i restanti a Giovanna Pistorio.

Paolo Carnevale è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e dirige il Centro di ricerca inter-dipartimentale di studi politico-costituzionali e di legislazione comparata (CRISPEL). È nel Comitato direttivo della rivista *Diritto pubblico* e nel Comitato scientifico delle riviste *Diritto e società* e *Federalismi.it*. Giovanna Pistorio è ricercatore confermato di Istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre. Fa parte del Consiglio di redazione della rivista *Giurisprudenza Costituzionale* e dell'Osservatorio Costituzionale nella sezione relativa alle Corti internazionali straniere ed europee. Collabora alla rivista elettronica [europeanrights.eu](http://europeanrights.eu).

libertà fondamentali attraverso il rinvio alla stessa operato dall'art. 117, comma 1, della Costituzione.

Si tratta, evidentemente, di un'operazione che si inquadra nella vasta problematica dei rapporti fra ordinamento costituzionale nazionale e ordinamento CEDU ed in particolare nell'intricato processo di accreditamento della normativa convenzionale, per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, che origina da noi, come è arcinoto, dalla svolta operata a partire dalle due celebri sentenze c.d. gemelle della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007.

Per comprenderne senso, portata ed implicazioni è necessario procedere, per prima cosa, ad una rapida ricostruzione dell'itinerario seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale in tema di fondamento costituzionale della tutela del legittimo affidamento del cittadino a fronte dell'azione del legislatore.

È quanto ci accingiamo a fare.

## *2. La querelle sul fondamento costituzionale del principio di tutela del legittimo affidamento del cittadino dinanzi alla legge*

Il dibattito circa il fondamento del principio in esame, ancor oggi lontano dal trovare una soddisfacente e sufficientemente condivisa soluzione, trova da noi il suo punto di partenza imprescindibile nella prospettazione operata nel più risalente e più noto studio monografico sul tema, quello di Fabio Merusi, ove si propone una configurazione nei termini di una sorta di principio costituzionale generale non scritto (secondo l'indirizzo prediletto, ad esempio, nell'ordinamento comunitario dalla giurisprudenza della Corte di giustizia), riconducibile all'ancor più generale principio di buona fede oggettiva<sup>1</sup>.

Tesi, tuttavia, destinata a scontrarsi con il problema della parametricità nello scrutinio di costituzionalità di principi generali non scritti o non agganciati (o seriamente agganciabili) a esplicite disposizioni costituzionali (ancorché, talvolta, 'costituzionali' in senso assai più forte! Si pensi al fondamento costituzionale del principio della *lex posterior*), al quale sembrerebbe offrire risposta negativa, quantomeno a stare all'orientamento prevalente,

---

<sup>1</sup> In questo senso, cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano 1970, *passim* e specialmente p. 48 ss., il quale torna sul punto, in occasione della ripubblicazione del lavoro suddetto (con aggiunta di un'introduzione e un saggio finale intitolato *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della 'alternanza'*), in ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni 'trenta' all'alternanza*, Giuffrè, Milano 2001, specialmente p. 2 ss.

sia la formulazione dell'art. 23 della legge n. 87 del 1957, che la previsione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato ex art. 27 della stessa legge, da cui parrebbe ricavarsi la necessità dell'indicazione di termini costituzionali di riferimento (parametro) ancorati a specifici enunciati testuali (disposizioni).

Accanto a questa tesi, altre ne sono state formulate, individuando il fondamento del principio *de quo*, ad esempio, nel dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. e nell'ivi accolto principio del *neminem laedere*<sup>2</sup>, ovvero, secondo l'indirizzo prescelto dalla giurisprudenza costituzionale, nella previsione dell'art. 3, comma 1, intesa quale sede del generale canone di ragionevolezza delle leggi<sup>3</sup>.

Cimentandosi nella competizione, anche chi scrive ha tentato di prefigurare una soluzione, prediligendo un'impostazione rivolta a far leva sulla c.d. forma di stato, riferendosi, specialmente, «al principio democratico ed alla qualificazione che ne discende circa l'intero ordinamento [...], quantomeno nella misura in cui si intenda la locuzione 'repubblica democratica', quale formula sinteticamente e riassuntivamente espressiva della forma ordinamentale costituzionale, per come intesa ereditare – secondo, del resto, un diffuso modo di vedere – taluni fondamenti propri della forma statutaria preesistente e più in generale dell'esperienza del c.d. Stato di diritto»<sup>4</sup>.

Più di recente, è stato prefigurato da attenta dottrina un percorso diverso

<sup>2</sup> Sul richiamo al principio del *neminem laedere* cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Editoriale Scientifica, Napoli 1995, p. 117, nonché già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, in *Studi di diritto civile*, a cura di ROSARIO NICOLÒ e F. SANTORO-PASSARELLI, Giuffrè, Milano 1969, p. 171 ss. e, prima ancora, il riferimento all'art. 2 Cost. operato da G. GUARINO, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, II, Giuffrè, Milano 1962, p. 144.

<sup>3</sup> Sulla problematicità dell'ancoraggio all'art. 3 cfr. A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova 2002, p. 190, nota 75 bis.

<sup>4</sup> Sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Legge di interpretazione autentica, tutela dell'affidamento e vincolo rispetto alla giurisdizione, ovvero del 'tributo' pagato dal legislatore-interprete 'in materia tributaria' al principio di salvaguardia dell'interpretazione 'plausibile'*, in «Giurisprudenza italiana», 2001, p. 2415, ove, peraltro, si sottolinea che «a prediligere un ancoraggio sul versante di quella che, secondo una concettualogia consolidata, si definisce la 'forma di Stato' ci induce, in particolare, la reiterata definizione dell'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica quale 'elemento fondamentale dello Stato di diritto', che ricorre frequentemente nella giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo un'impostazione, del resto, non troppo distante, per questo profilo, da quella adottata originariamente in *subiecta materia* dal *Bunderverfassungsgericht*, ancorché nell'ambito di un sistema di sindacato di costituzionalità favorevole al riconoscimento della funzione parametrica dei principi di diritto non scritto».

volto ad evidenziare l'ampiezza del quadro costituzionale di riferimento del principio che, al pari di altri principi sistemici come, ad esempio, quello (supremo) di laicità dello Stato, parrebbe presentare una messe di indici di emersione in una molteplicità di disposizioni costituzionali: dall'art. 1 con l'ivi sancito principio di sovranità popolare, letto come fondativo del diritto all'autodeterminazione di ciascuno, all'art. 2, quale assertivo del principio di inviolabilità dei diritti; dall'art. 3, comma 2, quale crocevia del coordinato operare dei principi di libertà ed uguaglianza, all'art. 22, statuyente la tutela della capacità giuridica, della cittadinanza e del nome, sino a giungere ai principi di precostituzione del giudice, di legalità e prevedibilità delle pene sanciti dall'art. 25, ecc.<sup>5</sup>.

In quest'ultimo senso, s'è affermato che «mentre il fondamento positivo del diritto generale all'affidamento è dubbio, vi sono robusti dati costituzionali che indicano come tra le garanzie dei singoli diritti costituzionali sia inclusa (in forme e gradi diversi) anche quella dell'affidamento nella stabilità della situazione normativa in essere, se funzionale al godimento di quei diritti»<sup>6</sup>. Del resto, una simile posizione non risulta priva di avallo nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale ha per lungo tempo abbracciato la prospettiva di uno scrutinio su leggi ritenute lesive dell'affidamento condotto alla stregua di un combinato disposto, in cui dovesse necessariamente indicarsi il precetto costituzionale fondativo del singolo diritto costituzionale, volta a volta implicato.

Fino a poco più di una decina di anni fa, nelle occasioni in cui il giudice costituzionale era pur pervenuto alla declaratoria di incostituzionalità di una legge per frustrazione del legittimo affidamento del cittadino, lo aveva fatto allegando un parametro composito, formato dall'art. 3 Cost., eletto a formale presidio del principio di salvaguardia del legittimo affidamento, accompagnato da un ulteriore disposto costituzionale, relativo al diritto (o posizione giuridica soggettiva) sostanziale volta a volta implicato.

Insomma, il sospetto che per il nostro giudice costituzionale l'accertamento della frustrazione dell'affidamento del cittadino ad opera del legislatore assumesse rilievo, ai fini dell'eventuale dichiarazione di incostituzionalità della legge, solo se ed in quanto costituisse la *condicio per quam* per l'affermazione del *vulnus* arrecato ad altri principi costituzionali di natura sostantiva, era più che legittimo.

È solo con la sentenza n. 416 del 1999 che le cose sembrano cambiare.

<sup>5</sup> Così M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, (prima parte), in «Giurisprudenza italiana», 2007, pp. 1838-1839.

<sup>6</sup> Così LUCIANI, cit., p. 1838.

Si tratta, infatti, della prima decisione di illegittimità costituzionale della Corte fondata esclusivamente sulla violazione del legittimo affidamento del cittadino nella stabilità dei rapporti giuridici, assunto come autonomo referente costituzionale della pronuncia<sup>7</sup>. La prospettata emancipazione del principio del legittimo affidamento si sostanzia nel suo esplicito ancoraggio alla previsione dell'art. 3 al. Cost. e all'ivi affermato canone di ragionevolezza, di cui l'esigenza in questione altro non costituisce che una delle tante declinazioni possibili.

Da allora, la strada seguita dal giudice delle leggi non sempre è rimasta univoca e fedele a quella significativa opzione, non mancando decisioni in cui si registra un ritorno alla logica del necessario combinato disposto<sup>8</sup>.

Giunti a questo punto e per meglio comprendere il senso del dibattito, si impone una considerazione.

Invero, alla stregua di quanto sin qui osservato, si può dire che l'esaminato itinerario, pur nella varietà delle soluzioni proposte, si sia sviluppato in base ad una doppia matrice d'origine, incentrandosi intorno al (e riflettendo il) dilemma di fondo fra l'opzione a sostegno dell'individuazione di un'autonoma copertura costituzionale da assegnare al principio in parola e la scelta in favore del riconoscimento di un fondamento implicito dello stesso nella garanzia offerta dalle singole disposizioni ascrivibili di diritti.

Ma se così è, ci si deve chiedere quale sia la rilevanza da ascrivere alla preferenza per l'uno o l'altro corno dell'alternativa. In sostanza, ci si può domandare se tra una garanzia in via generale e comprensiva, mercé l'indicazione di un parametro valevole ad offrire salvaguardia al principio in parola nelle sue diverse declinazioni possibili, e una tutela parcellizzata e frantumata attraverso le svariate disposizioni che compongono la 'Costituzione dei diritti' corra una differenza in grado di produrre conseguenze effettive sul piano della tutela offerta o che piuttosto si limiti a rispondere soltanto ad un'esigenza di migliore sistemazione del fenomeno in esame.

Ebbene, noi riteniamo che le conseguenze vi siano e che, in nome di esse, vada senz'altro privilegiata la scelta della copertura autonoma. Il perché è presto detto.

<sup>7</sup> Per un commento alla pronuncia, cfr. P. PASSAGLIA, *La Corte costituzionale decide... su cosa decidere: qualche osservazione su una sentenza in parte 'didattica' e in parte 'evasiva'*, in «Foro italiano», I, 1999, p. 2462 ss., nonché P. CARNEVALE, «... Al fuggir di giovinezza... nel domani s'ha più certezza» (*Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale*), in «Giurisprudenza costituzionale», 1999, p. 3643 ss.

<sup>8</sup> Cfr., a titolo di esempio, le sentenze n. 394 del 2002 e 364 del 2007, dove l'aggancio congiunto è riferito, come nella precedente sent. n. 111 del 1998, all'art. 24 Cost. e al diritto di difesa, oltre che all'art. 3. Forse diverso è il caso segnalato da M. GIGANTE, *Legge di interpretazione autentica*, in «Rivista giuridica dell'edilizia», 2010, p. 216.

Non è tanto il notevole schiacciamento del principio di salvaguardia del legittimo affidamento sul terreno della positivizzazione dei diritti, con la conseguenza di considerarlo come un 'profilo' della tutela ad essi assicurata dalle singole norme ascrivitive e disciplinative, tanto da spingere verso una piena imbricazione fra tutela del singolo diritto e tutela dell'affidamento circa la stabilità del suo trattamento giuridico. Non è neppure il rischio che da quest'ultima possa discendere, per l'affidamento, l'obliterazione di quella sua specificità consistente nel fatto di riferirsi, non soltanto a diritti perfetti, bensì pure a situazioni qualificabili in termini di semplici germi di diritto<sup>9</sup>.

Il punto è un altro.

Invero, le perplessità maggiori, a giudizio di chi scrive, scaturiscono dal rischio che una tutela parcellizzata e frantumata attraverso le svariate disposizioni che compongono la 'Costituzione dei diritti', possa causare una riduzione della stessa ai soli ambiti 'costituzionalizzati', cioè a dire limitatamente alle posizioni soggettive che possono vantare un presidio costituzionale. Pur constatando l'ampiezza del catalogo dei diritti contemplato in Costituzione, non pare possa escludersi l'ipotesi di una, più o meno estesa, «area di rapporti esclusa, nella quale la tutela dell'affidamento sarebbe assicurata dal solo legislatore e, per ciò stesso, affidata al suo 'capriccio'»<sup>10</sup>. Ne conseguirebbe, peraltro, una tutela il cui statuto costituzionale sembrerebbe emergere solo «*per relationem*, secondario, perché tutto dipendente dalla dignità costituzionale, non già del principio di tutela del legittimo affidamento, bensì della situazione giuridica soggettiva volta a volta implicata»<sup>11</sup>.

Ciò non significa che il mero ancoraggio nell'art. 3 della Costituzione ed all'ivi presidiato principio di ragionevolezza sia la scelta migliore e scevra da critiche. Tuttavia, quel che appare certo è la sua natura di principio di carattere generale, di natura universalistica e ad ampiezza indeterminata perché suscettibile di spiegare la sua funzione di salvaguardia su di un novero di posizioni non astrattamente delimitabile.

<sup>9</sup> Come pure si sarebbe verificato, secondo A. MASARACCHIA, *Insegnamento in scuole 'di montagna' e tutela dell'affidamento ingenerato: un nuovo arretramento della giurisprudenza costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, p. 93, nella sent. n. 11 del 2007 della Corte costituzionale.

<sup>10</sup> Sia consentito il rinvio a P. CARNEVALE, *Più ombre che luci su di un tentativo di rendere maggiormente affidabile lo scrutinio della legge sotto il profilo del legittimo affidamento*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 3671. Per qualche esempio ricavato dalla stessa giurisprudenza costituzionale a sostegno di quanto sostenuto nel testo cfr. pure ID., *I diritti la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, spec. par. 3.

<sup>11</sup> *Ivi*.

### 3. Il 'nuovo corso' del richiamo alla CEDU attraverso l'art. 117, primo comma, Cost.

Come accennato in principio, il dibattito sul fondamento costituzionale del legittimo affidamento ha trovato nuova linfa per effetto del processo di accreditamento della normativa convenzionale (e del ruolo ermeneutico della Corte di Strasburgo), inaugurato dalle sentenze c.d. gemelle nn. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale<sup>12</sup>, in seguito all'indirizzo abbracciato dai giudici comuni di prospettare questioni di costituzionalità incentrate sul profilo della frustrazione del legittimo affidamento del cittadino allegando la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo per tramite del rinvio operato dall'art. 117, primo comma, della Costituzione.

I primi esempi di questo nuovo atteggiamento, in quanto recepiti dalla stessa Corte costituzionale, rimontano alla fine del decennio scorso<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Numerosi, come si sa, i commenti alle pronunce. Si vedano, tra gli altri, C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa configgenti*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2007, p. 3518 ss.; M. CARTABIA, *Le sentenze 'gemelle': diritti fondamentali, fonti, giudici*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2007, p. 3564 ss.; A. GUAZZAROTTI, *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dall'art. 117, comma 1, Cost.*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2007, p. 3574 ss.; V. SCIARABBA, *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2007, p. 3579 ss.; G. GAJA, *Il limite del rispetto degli 'obblighi internazionali': un parametro definito solo parzialmente*, in «Rivista di diritto internazionale», 2008, p. 136 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in «Quaderni costituzionali», 2007, p. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della 'interposizione' (e del giudizio costituzionale)*, in «Quaderni costituzionali», 2007, p. 140 ss.; A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sentenze nn. 348/2007 e 349/2007)*, in <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2007/0001\\_ruggeri\\_nota\\_348\\_349\\_2007.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0001_ruggeri_nota_348_349_2007.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014); R. DICKMANN, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione*, in <<http://www.federalismi.it/federalismi/AppI MostraDoc.cfm?Artid=8789#.U2QGdUaKDIU>> (ultimo accesso 02.05.2014); T.F. GIUPPONI, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e 'controlimiti allargati': che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, in <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2007/0003\\_giupponi\\_nota\\_348\\_349\\_2007.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0003_giupponi_nota_348_349_2007.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014); S.M. CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2008, p. 565 ss.

<sup>13</sup> Si segnala, innanzitutto, la sentenza n. 311 del 2009, con cui la Corte costituzionale ha risolto la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, con ordinanza del 4 settembre 2008, in riferimento agli articoli 117, primo comma, della Costituzione e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005 n. 266. In tal

Emblematica, in tale contesto, l'ordinanza 16 novembre 2009, con cui la Corte dei conti – Sezione giurisdizionale centrale d'appello, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 774, 775 e 776, della legge 29 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), «nella parte in cui – interpretando l'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335, nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1995, n. 335, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, e abrogando il comma 5 dell'art. 15 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 – fanno salvi, con riassorbimento sui futuri miglioramenti, soltanto i trattamenti pensionistici più favorevoli già definiti, e non anche quelli in corso di definizione, in sede di contenzioso». Ne discende, secondo il giudice remittente, una lesione del legittimo affidamento del cittadino che evoca, non solo la violazione degli artt. 3 e 111 Cost., quanto piuttosto quella del parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e tramite esso del principio del giusto processo ex art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU,

caso, il giudice costituzionale si è espresso nel senso della non fondatezza della questione, alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'applicazione dell'art. 6 della CEDU. Posto che, secondo il giudice europeo non contrastano con l'art. 6 CEDU interventi retroattivi del legislatore giustificati da specifiche situazioni – quali la sussistenza di 'ragioni storiche epocali' o anche la necessità di porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, ristabilendo un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore (sentenza 23 ottobre 1997, *National & Provincial Building Society et al. v. United Kingdom*), o di riaffermare 'l'intento originale del Parlamento' (sentenza 27 maggio 2004, *Ogis-Institu Stanislas et al. v. France*) – la Corte costituzionale ha escluso la sussistenza del contrasto tra la norma censurata e l'art. 6 della CEDU e quindi la violazione dell'art. 117 Cost. Interessanti e numerose le successive sentenze in cui il giudice costituzionale si è avvalso della giurisprudenza della Corte EDU, per sindacare la legittimità costituzionale di leggi retroattive, affermando che «in linea di principio non è vietato al potere legislativo di stabilire una regolamentazione innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di 'processo equo' sanciti dall'art. 6 della CEDU ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (sentenze 11 dicembre 2012, *De Rosa v. Italy*; 14 febbraio 2012, *Arras v. Italy*; 7 giugno 2011, *Agrati v. Italy*; 31 maggio 2011, *Maggio v. Italy*; 10 giugno 2008, *Bortesi v. Italy*; Grande Camera, 29 marzo 2006, *Scordino v. Italy*)» e ribadendo «che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive devono essere intese in senso restrittivo (sentenza 14 febbraio 2012, *Arras v. Italy*)». Si vedano, *ex plurimis*, le sentenze nn. 78 del 2012, 170, 210 e 308 del 2013.

con riguardo, in particolare, alle leggi retroattive<sup>14</sup>.

La cosa è significativa perché la 'novità' del richiamo al fattore convenzionale assume un'evidente valenza strategica. Trattandosi della riproposizione della medesima questione, già in due precedenti occasioni respinta dalla Corte costituzionale, da parte del medesimo giudice remittente, il tentativo è quello di una ripresentazione sotto una (parziale) nuova veste e soprattutto di puntare su Strasburgo e sulla sospettosa giurisprudenza della Corte EDU in tema di leggi interpretative e retroattive, per superare i controrilevi opposti dai giudici di palazzo della Consulta nelle precedenti occasioni<sup>15</sup> cioè anche facendo leva sul nuovo corso giurisprudenziale inaugurato dalle sentenze gemelle del 2007.

Non che ciò assicuri una diversità di esito dello scrutinio di costituzionalità; ed il caso specifico lo dimostra, pervenendo la Corte costituzionale ad una ennesima pronuncia di rigetto con la sentenza n. 1 del 2011. Quel che invece va rilevato è che la prospettazione di una *quaestio legitimitatis* arricchita dal richiamo alla violazione della CEDU mercé l'allegazione del parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., impegna comunque la Corte costituzionale ad un confronto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo e a redigere una motivazione della decisione in cui si assicuri adeguato spazio argomentativo alla verifica di consonanza fra le rispettive posizioni ed indirizzi, qualunque sia il risultato cui il giudice delle leggi intende pervenire.

Lo testimonia, ancora una volta, l'appena ricordata della sentenza n. 1 del 2011, nella cui motivazione, dopo aver richiamato, per sommi capi, la giurisprudenza della Corte EDU sulle leggi di interpretazione autentica e, più in generale, retroattive, sulla scia di quanto già affermato nella sentenza n. 311 del 2009 la Corte costituzionale ribadisce, da un verso, la sostanziale armonia fra gli indirizzi risultanti dalle giurisprudenze delle due supreme Corti<sup>16</sup> e, dall'altro, non solamente l'esito del rigetto, ma anche buona parte

<sup>14</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte EDU, 9 dicembre 1994, *Stran Greek Refineries & Stratis Andrearis v. Greece*; 20 novembre 1995, *Pressos Campania Naviera S.A. et al. v. Meglio*.

<sup>15</sup> Sulla questione di legittimità costituzionale, relativa alla normativa censurata, sollevata però con riguardo ad altri parametri, la Corte si era infatti già pronunciata con le sentenze nn. 74 del 2008 e 228 del 2010, con cui ne aveva dichiarato l'infondatezza.

<sup>16</sup> Si vedano i commenti alla pronuncia di A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU*, in <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0030\\_nota\\_311\\_317\\_2009\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0030_nota_311_317_2009_ruggeri.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014) e R. DICKMANN, *La legge d'interpretazione autentica viola il diritto al giusto processo di cui all'art. 6 della CEDU?*, in <[http://www.federalismi.net/AppI MostraDoc.cfm?Artid=14947&content=La+legge+d%E2%80%99interpretazione+autentica+viola+il+diritto+al+giusto+processo+di+cui+all%E2%80%99art.+6+della+CEDU?+\(Nota+a+Corte+co st.,+26+novembre+2009,+n.+311\)&content\\_author=Renzo+Dickmann#.U2QI8kaKDIU](http://www.federalismi.net/AppI MostraDoc.cfm?Artid=14947&content=La+legge+d%E2%80%99interpretazione+autentica+viola+il+diritto+al+giusto+processo+di+cui+all%E2%80%99art.+6+della+CEDU?+(Nota+a+Corte+co st.,+26+novembre+2009,+n.+311)&content_author=Renzo+Dickmann#.U2QI8kaKDIU)> (ultimo accesso 02.05.2014). Più precisamente, il riferimento in quel caso era alle sentenze

dell'impianto argomentativo delle due precedenti pronunzie, confermando il carattere effettivamente interpretativo del disposto indubbiato, anche alla luce degli indici giurisprudenziali della Corte di Strasburgo<sup>17</sup>.

La vicenda riportata ad esempio induce a chiedersi se vi sia ed eventualmente quale possa essere il *quid pluris* o comunque l'apporto specifico che in tema di salvaguardia del legittimo affidamento dinanzi alla legge venga a derivare dalla chiamata in causa della Carta/Corte EDU, sia pure per il tramite della Consulta, nei giudizi di legittimità costituzionale.

#### *4. Il problema dell'aggancio all'art. 6 della CEDU o ad altra disposizione di salvaguardia di un singolo diritto tutelato dalla Convenzione*

Una prima considerazione che viene da fare riguarda la possibilità di un

*SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais et al. v. France; Stran Greek Refineries & Stratis Andrearis v. Greece; Zielinski e Pradal & Gonzales et al. v. France; Papageorgiu v. Greece; Ogis-Institut Stanilsas, OGEC St. Pie X et Blanche de Castille et al. v. France; Building Societies*, dalle quali emerge che «il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'art. 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale», che «il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari» e che «il rispetto dello Stato di diritto e la nozione di giusto processo esigono che qualsiasi ragione adottata per giustificare simili misure sia trattata con il massimo grado possibile di circospezione». Tra i 'motivi imperativi di interesse generale' non figura, nella giurisprudenza CEDU, il mero rischio finanziario che eventualmente corra lo Stato ove non intervenga con norma retroattiva, dovendosi intendere l'espressione in senso davvero restrittivo: la Corte europea vi include «ragioni storiche epocali», come la riunificazione delle due Germanie (cfr. *Forrer-Niedenthal v. Germany*, 20 febbraio 2003) ovvero il caso in cui la finalità dell'intervento legislativo sia quella di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, a sostegno di un principio di perequazione (*OGIS Institut e Zielinski*, cit.).

<sup>17</sup> Asserendo la sua inidoneità a frustrare legittime aspettative che nei rapporti di durata non possono risolversi in un'attesa di immutabilità, specie a fronte di interventi esegetici che: a) «assumono come referente un orientamento giurisprudenziale presente, seppur minoritario»; b) risultano motivati da obiettivi delle politiche pubbliche di assoluto rilievo, anche sul piano europeo – come, nella specie, il «progressivo riavvicinamento della pluralità dei sistemi pensionistici, con effetti strutturali sulla spesa pubblica e sugli equilibri di bilancio, anche ai fini del rispetto degli obblighi comunitari in tema di patto di stabilità economica finanziaria nelle more del passaggio alla moneta unica europea»; c) non trascurano «del tutto i diritti acquisiti [salvaguardando] i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, con ciò garantendo non solo la sfera del giudicato, ma anche il legittimo affidamento che su tali trattamenti poteva dirsi ingenerato».

eccesso di torsione giurisdizionalista che il principio in parola può subire. Questo in conseguenza del fatto che l'aggancio alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e consequenzialmente alla giurisprudenza della Corte EDU), che il richiamo all'art. 117, primo comma, consente, avviene per lo più con riferimento all'art. 6 della stessa e, quindi, alla disciplina relativa al diritto all'equo processo. È, infatti, di tutta evidenza che attraverso quella lente è possibile esercitare il sindacato sulle leggi interpretative e retroattive e, conseguentemente, apprezzare l'eventuale lesione di interessi da proteggere, solo e soltanto alla stregua della loro ricaduta processuale. Ma la tutela del legittimo affidamento dinanzi alla legge ha una portata ed un ambito applicativo che eccede largamente l'ottica meramente giustiziale. L'interpretazione in grado di generare un legittimo affidamento vantabile dinanzi all'esegesi *ope legis* non è soltanto quella giudiziaria, ma anche quella amministrativa e, per converso, l'esistenza di questa, non meno di quella, può essere in grado di escluderla<sup>18</sup>. Basti considerare che l'intervento legislativo retroattivo di interpretazione autentica può essere adottato anche in una fase precontenziosa, per correggere (o contrastare) non già indirizzi ermeneutici giudiziari, ma anche orientamenti esegetici adottati dalla Pubblica amministrazione.

Certo, si potrebbe a questo punto osservare che il nesso fra ricorso alla tutela offerta dalla giurisprudenza della Corte EDU al legittimo affidamento ed esigenze di protezione della funzione giurisdizionale non è assoluto e inscindibile. Basterebbe, infatti, agganciare quella tutela, non necessariamente al diritto al processo equo, ma ad uno qualsiasi dei diritti garantiti dalla Convenzione<sup>19</sup>. Nel senso che, nella salvaguardia del singolo diritto verrebbe ad essere inglobata anche la tutela vantata dal singolo alla

<sup>18</sup> Più in generale per il differente modo di operare del principio del legittimo affidamento nella sfera di diritto amministrativo ed in quella di diritto costituzionale, cfr. le osservazioni svolte da M. GIGANTE, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, in «Diritto e Società», 2009, p. 403 ss.

<sup>19</sup> Come d'altronde, si è già verificato in sede europea. Cfr. ad esempio le sentenze: *Pine Valley Developments Lt et al. v. Ireland*, 29 novembre 1991; *Stretch v. United Kingdom*, 24 giugno 2003; *Kopecký v. Slovakia*, 28 settembre 2004, nelle quali la Corte EDU ha inquadrato la nozione di '*espérance légitime*' all'interno dell'art. 1, Prot. 1, CEDU. Più di recente, cfr. *Di Belmonte v. Italy*, 16 marzo, 2010; *Centro Europa 7 s.r.l. & Di Stefano v. Italy*, 7 giugno 2012; *Agrati et al. v. Italy*, 8 novembre 2012. Per qualche recente considerazione in proposito, sia pure nel quadro di una indagine essenzialmente rivolta al Regno Unito, cfr. S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», 2010, spec. p. 1277 ss. A livello interno, si vedano, in tal senso, le sentenze nn. 348 del 2007, 317 del 2009, 1 del 2011 e 78 del 2012.

perduranza della situazione normativa, se ed in quanto correlata a quella medesima salvaguardia. D'altronde, si sa, di legittimo affidamento del cittadino si può parlare solo se ed in quanto l'aspettativa circa la stabilità di un determinato trattamento normativo risulti collegata alla protezione di una posizione giuridica soggettiva vantata dal singolo: non un meta-diritto, ma un principio ordinato esclusivamente a presidiare diritti<sup>20</sup>.

Tuttavia, tale ricostruzione susciterebbe le medesime perplessità di cui si è detto, in merito al rischio derivante da una tutela parcellizzata, attraverso le disposizioni della 'Costituzione dei diritti'. Analogamente, infatti, la salvaguardia del principio del legittimo affidamento sarebbe circoscritta alle sole posizioni soggettive che trovano una garanzia nella 'Convenzione dei diritti'.

##### *5. La questione dell'assetto dei rapporti fra giurisprudenza costituzionale nazionale e giurisprudenza europea*

Questione, forse, di maggiore interesse in questa sede è quella che attiene alla relazione che viene intessuta fra le due supreme Corti e i loro reciproci indirizzi giurisprudenziali.

Dato il principio del monopolio della Corte EDU circa l'interpretazione della normativa della Convenzione europea, affermato già a partire dalla svolta del 2007, si poteva immaginare che l'apertura dello scrutinio di costituzionalità in tema di legittimo affidamento al dato convenzionale potesse o risolversi in un sostanziale trasloco del sindacato da Roma a Strasburgo e conseguentemente in una operazione di assoggettamento dei giudici costituzionali nazionali a quelli europei, oppure, per converso, finire per alimentare il rischio di esiti contraddittori dei giudizi fra le due Corti e, quindi, di un possibile conflitto di giudicati.

Ad escludere un simile esito concorrono una serie di fattori.

Innanzitutto, va tenuto conto che il carattere tipicamente casistico della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rende estremamente duttile e flessibile il materiale giurisprudenziale da essa offerto.

---

<sup>20</sup> In tal senso, cfr. A. PACE, *Eguaglianza e libertà*, in *Corte costituzionale e principio di uguaglianza* (Atti del convegno in onore di Livio Paladin), Padova, 2 aprile 2001, CEDAM, Padova 2002, p. 75 e specialmente 79 ss. ed *ivi* raggugli. Dello stesso autore cfr. anche *Potere costituyente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova 2002, p. 190, nota 75 *bis*, ove si afferma che proprio la correlazione fra principio di uguaglianza, che diritto non è, e affidamento «la dice lunga sulla struttura di questa asserita situazione soggettiva», cioè appunto del legittimo affidamento del cittadino.

Va qui evidenziato che l'asimmetria prospettica fra i sindacati operati dalle due Corti, ha consentito alla Corte costituzionale, sin da quando s'è affacciata l'eventualità di uno scrutinio di costituzionalità della frustrazione del legittimo affidamento alla stregua del parametro convenzionale, un utilizzo 'manipolativo' della giurisprudenza EDU, al fine di esibire armonie fra orientamenti giurisprudenziali diversamente improntati: l'uno – quello europeo – ad un rigore abbastanza diffidente verso leggi retroattive; l'altro – quello della nostra Corte costituzionale – ad una certa clemenza.

Peraltro, se è vero è che le decisioni della Corte europea «hanno significati che superano il confine dello Stato verso cui sono rivolte [...]»<sup>21</sup>, tuttavia, essendo dirette a risolvere questioni specifiche, «è solo con molta cautela che si possono trasporre in un contesto diverso i principi affermati in riferimento a un caso concreto, situato in un preciso ordinamento giuridico [...]»<sup>22</sup>. Posto dunque che la sentenza della Corte europea «è legata a doppio filo ad un caso concreto», sia perché volta a risolvere una singola fattispecie, sia perché pronunciata con riguardo ad uno specifico paese, ciascun giudice ed, *in primis*, il giudice costituzionale, resistendo alla tentazione di applicare la massima della decisione, come fosse una 'norma di legge'<sup>23</sup>, dovrà avvalersi del principio di diritto desunto dalla giurisprudenza europea per risolvere la controversia dinanzi ad esso sollevata<sup>24</sup>. Tale operazione, però, volta ad enucleare il criterio direttivo capace di imprimere a questa o a quella norma il 'giusto' significato, convenzionalmente orientato, e di condurre alla soluzione 'convenzionalmente compatibile' del caso controverso, non solo può rivelarsi particolarmente ardua<sup>25</sup>, soprattutto con

<sup>21</sup> Così, M. CARTABIA, *L'universalità dei diritti umani nell'età dei 'nuovi diritti'*, in «Quaderni costituzionali», 2009, p. 543.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 543.

<sup>23</sup> Per tale orientamento, cfr. D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 20 s. e p. 43. Sul tema, cfr. anche T.E. FROSINI, *Sui rapporti fra la Corte EDU e la Costituzione italiana*, in *Scritti in onore di A. Pace*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 2074.

<sup>24</sup> Secondo I. CARLOTTO, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in <[http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/justizia\\_costituzionale/ilaria%20carlo%20sent.348\\_349\\_2007.pdf](http://archivio.rivistaaic.it/dottrina/justizia_costituzionale/ilaria%20carlo%20sent.348_349_2007.pdf)> (ultimo accesso 16.05.2014): «essendo la giurisprudenza di Strasburgo una giurisdizione di diritto concreto, basata sulla singola fattispecie dedotta in giudizio, è [...] inevitabile che 'questa operazione di travaso rischi di essere eccessivamente approssimativa', soprattutto quando fa riferimento ad ordinamenti diversi da quello italiano».

<sup>25</sup> Tali perplessità hanno trovato riscontro nella sentenza n. 239 del 2009, ove la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia), in riferimento

riguardo ai casi in cui veri e propri criteri «non esistono, o per lo meno non sono né palesati, né immediatamente percepibili»<sup>26</sup>, ma, implicando

agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, primo comma, della Costituzione, «nella parte in cui impone al giudice penale, in presenza di accertata lottizzazione abusiva, di disporre la confisca dei terreni e delle opere abusivamente costruite anche a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti», sollevata dalla Corte di Appello di Bari. In tale occasione, l'autorità rimettente, «al fine di considerare quale misura di natura penale la confisca di cui all'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, in difformità dalla dominante giurisprudenza di legittimità, 'ha utilizzato come fondamentale elemento interpretativo il contenuto della [...] decisione del 30 agosto 2007 della Corte europea dei diritti dell'uomo' e, in particolare, la riconduzione ivi operata della confisca in parola ad una 'pena', ai sensi dell'art. 7 della Convenzione. Anche volendosi prescindere dal carattere autonomo dei criteri di qualificazione utilizzati dalla Corte di Strasburgo rispetto a quelli degli ordinamenti giuridici nazionali, deve notarsi che la specifica decisione cui il giudice *a quo* si riferisce 'è stata adottata con riguardo ad un caso nel quale non solo gli imputati non erano stati condannati, ma neppure era stato possibile determinarne in sede giurisdizionale una intenzionalità o colpa; pertanto, la Corte remittente, per giustificare l'estrapolazione, partendo dal precedente specifico della Corte di Strasburgo, di un principio di diritto che potesse costituire il fondamento del dubbio di costituzionalità, avrebbe dovuto argomentare in modo plausibile la analogia fra quel caso specifico e quello, non necessariamente identico, su cui era chiamata a giudicare» (Corte costituzionale, sentenza n. 239 del 2009). Appare evidente, dunque, come in tale occasione, la Corte abbia sanzionato il giudice *a quo* per non aver argomentato il percorso interpretativo, non affatto lineare, né scontato, che lo ha condotto ad estendere al caso, dinanzi ad esso sollevato, l'operatività del principio della natura penale della confisca, desunto dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 30 agosto 2007.

<sup>26</sup> Così, F. CRISAFULLI, *Intervento*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Milano, Giuffrè 2006, p. 306. Diversi sono i casi riportati, a titolo esemplificativo. Per esempio, con riguardo alla durata 'ragionevole' del processo, la Corte non ha mai indicato specificamente quale essa sia, ma «la 'regola' dei tre anni in primo grado, due in appello, uno in Cassazione ed uno per ogni giudizio di rinvio o ulteriore fase processuale è una estrapolazione interpretativa della dottrina». Con riguardo poi alla liquidazione degli indennizzi, i criteri cui gli Stati dovrebbero ricorrere si evincono «da un variegato 'paniere' di migliaia di precedenti riferiti ad epoche, paesi e situazioni concrete estremamente differenziati, le cui caratteristiche specifiche (per giunta) raramente emergono dalle sentenze». All'obiettivo di estrapolazione, in modo chiaro, principi e criteri di carattere generale dalle pronunce della Corte, si aggiunge peraltro l'assenza del principio dello *stare decisis* c.d. orizzontale. Pertanto, se da un lato tale mancanza giustifica, nella giurisprudenza della Corte, oscillazioni, incoerenze, allontanamenti dai precedenti giurisprudenziali, sia pur in presenza di ragionevoli motivazioni, dall'altro rende maggiormente complicata l'individuazione di un univoco orientamento interpretativo sulle disposizioni della Convenzione (sul tema, cfr. R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles 2006, p. 121; D. HARRIS, M. O'BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, p. 17 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e i diritti nazionali*, in *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle corti europee*, a cura di S.P. Panunzio, CEDAM, Padova 2007, p. 719 ss.; ID., *Violazioni 'strutturali'*

una scelta, non sarà mai del tutto neutra<sup>27</sup>. Risentirà, cioè, del contesto in cui viene adottata, del giudice chiamato ad eseguirla. Pertanto, qualora sia la Corte costituzionale ad effettuare detta operazione, essa non potrà prescindere da una «valutazione sistemica e non isolata in una serie di norme non coordinate», da un necessario ed indefettibile bilanciamento tra norme in potenziale conflitto tra loro, al fine di garantire non già «la primazia dell'ordinamento nazionale», ma «l'integrazione delle tutele»<sup>28</sup>. D'altra parte, se «alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale [...], appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali [...] si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea»<sup>29</sup>.

*e Convenzione europea dei diritti umani: interrogative a proposito di Broniowsky*, in «Diritti umani e diritti internazionali», 2008, p. 6 ss.).

<sup>27</sup> In tal senso, cfr. P. GAETA, 'Controllo di convenzionalità' e poteri del giudice nazionale: i difficili approcci dell'ermeneutica giudiziale, in «<http://astra.csm.it/incontri/relaz/20178.pdf>» (ultimo accesso 19.05.2014), p. 19 ss., secondo il quale «il giudice nazionale è tenuto a ricavare da un caso concreto un principio di diritto quanto più generale possibile, da applicare poi ad un altro caso concreto, quello al suo esame». Sebbene, non dovrebbe esserlo, «tale operazione non sarà mai del tutto neutra», poiché «anche la scelta della norma convenzionale da applicare è, appunto, una scelta [...]». Una scelta, inevitabilmente soggettiva, spesso adattata «ad una soluzione già maturata [...] in capo al giudice».

<sup>28</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 2012. Sull'argomento, cfr. già U. DE SIERVO, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in relazione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*. Relazione presentata all'incontro di studio tra la Corte costituzionale italiana e la Corte costituzionale federale tedesca, sul tema *Problemi per le Corti nazionali a seguito degli ulteriori sviluppi dell'Unione Europea ed in relazione alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, tenutosi a Karlsruhe il 19-21 novembre 2009, in «[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/19-21\\_11\\_09\\_Silvestri.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/19-21_11_09_Silvestri.pdf)» (ultimo accesso 19.05.2014), ove si legge che, a fronte delle critiche mosse alla Corte costituzionale per aver «assunto una soluzione eccessivamente semplicistica e rigida, senza tener adeguatamente conto della specificità della giurisprudenza CEDU (riferita sempre a casi di specie e spesso solo analoghi a quelli del giudizio [...])», è possibile «rispondere che non solo la Corte costituzionale non deve trasformare le proprie sentenze in trattatelli giuridici che risolvano in astratto tutti i casi che potranno in futuro emergere nell'applicazione dei propri criteri interpretativi, ma che soprattutto erano ben presenti alla Corte le tante tipicità delle pronunce CEDU, come comprovato anche dal fatto che la sentenza n. 348 fa espresso riferimento all'esistenza nella giurisprudenza CEDU del criterio del 'margine di apprezzamento'».

<sup>29</sup> Corte cost., sent. n. 317 del 2009. Secondo A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, Jovene, Napoli 2011, p. 163, «a leggerlo con un pizzico di malizia, il passo sembra dirci che la giurisprudenza della Corte EDU va considerata con una certa diffidenza, posto che a Strasburgo non si fanno bilanciamenti tra diritti, ma si guarda solo alla unilaterale tutela del diritto volta a volta invocato».

A flessibilizzare il dato giurisprudenziale europeo concorre anche l'ulteriore fattore rappresentato dal[la notevole latitudine del] c.d. margine di apprezzamento.

Giacché, se è vero che il testo della CEDU non vive di vita propria, ma esiste in quanto 'animato' dalle pronunce della Corte di Strasburgo<sup>30</sup>, tuttavia, l'idea che la Corte europea dei diritti dell'uomo goda di un monopolio assoluto nell'interpretazione della CEDU e che le pronunce della stessa siano assistite da una sorta di 'autorità di cosa interpretata', intesa come autorità giuridicamente vincolante che imporrebbe le interpretazioni della Convenzione europea in esse contenute *erga omnes*<sup>31</sup>, si è nel tempo affievolita, anche per effetto della giurisprudenza della stessa Corte di Strasburgo. In più occasioni, i giudici europei hanno riconosciuto agli Stati membri la possibilità di allontanarsi dagli orientamenti della Corte europea, qualora specifiche peculiarità nazionali lo rendessero opportuno<sup>32</sup>. La valorizzazione del vincolo interpretativo nei confronti della giurisprudenza della Corte EDU è stata dunque fortemente mitigata dal ruolo ascrivito al 'margine di apprezzamento' elaborato, in via pretoria, «come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea»<sup>33</sup>, dalla stessa Corte di Strasburgo<sup>34</sup>. Il margine di apprezza-

<sup>30</sup> Si esprime nel senso di «una dipendenza dell'interpretazione dall'interpretazione» V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in <[http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012\\_MANES.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/2012_MANES.pdf)>, 41 (ultimo accesso 02.05.2014).

<sup>31</sup> COSÌ, LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, cit. p. 192 ss.

<sup>32</sup> A partire dalla sent. Corte EDU, 1 luglio 1961, *Lawless*, la giurisprudenza è vastissima. Cfr., *ex plurimis*, le sentenze 21 febbraio 1975, *Golder v. Italy* e 18 dicembre 1986, *Johnston e al. v. Italy*. Più di recente, cfr. 29 gennaio 2008, *Saadi v. United Kingdom* e 16 dicembre 2010, *A, B e C v. Ireland*. Peraltro, se da un lato «la Corte deve tenere in conto il fatto che l'Europa è caratterizzata da una grande diversità tra gli Stati di cui è composta, particolarmente nella sfera dello sviluppo culturale e storico», dall'altro non può esimersi dal circoscrivere lo spazio della sovranità nazionale, precisando che «il riferimento ad una tradizione non può liberare uno Stato contraente dalla sua obbligazione di rispettare i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli» (Corte EDU, 18 maggio 2011, *Lautsi II*).

<sup>33</sup> Corte cost., sent. n. 317 del 2009.

<sup>34</sup> Sul tema, cfr. O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento, art. 10, c. 1, Cost. e bilanciamento 'bidirezionale': evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte costituzionale?*, in <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2009/0031\\_nota\\_311\\_317\\_2009\\_pollicino.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2009/0031_nota_311_317_2009_pollicino.pdf)>, pubblicato il 16 dicembre 2009, (ultimo accesso 02.05.2014), secondo il quale, peraltro, la valorizzazione del margine di apprezzamento degli Stati membri è particolarmente importante, tenuto conto che «essa è presente in entrambe le decisioni nonostante il fatto che le parti in giudizio [...] non

mento si risolve, dunque, «in un complessivo strumento di bilanciamento e composizione di due contrapposte esigenze»: da un lato, l'«applicazione uniforme» della tutela garantita dalla CEDU, dall'altro, il «rispetto delle diversità giuridiche, sociali e culturali, espressione delle singole identità nazionali»<sup>35</sup>.

### 6. I più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte costituzionale

Ma è soprattutto la Corte costituzionale ad aver tratto, nella giurisprudenza più recente, il massimo rendimento possibile della nozione in parola, ai fini di lucrare un certo affrancamento dall'abbraccio della giurisprudenza CEDU.

Vero è che sintomi di questo atteggiamento potevano cogliersi, come dire, *ab origine*. Infatti, già nelle c.d. sentenze gemelle del 2007, la Corte costituzionale precisava che le norme CEDU, in quanto integrazione del parametro di costituzionalità, non devono contrastare con la Costituzione: sarebbe infatti paradossale che una norma legislativa «venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione»<sup>36</sup>. Nondimeno, è di poco successiva la precisazione secondo cui «l'apprezzamento della giurisprudenza europea [...] va operata in modo da rispettare la 'sostanza' di quella giurisprudenza»<sup>37</sup>. Posto infatti che il giudice costituzionale «non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo», può, anzi deve, però, «valutare 'come' e 'in qual misura' il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano»<sup>38</sup>.

sembravano puntare molto su detto argomento nei loro interventi e che, ai fini della risoluzione dei quesiti interpretativi proposti alla Corte, lo stesso non sembra ricoprire un ruolo decisivo».

<sup>35</sup> In tal senso, cfr. M.R. MORELLI, *Sussidiarietà e margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle Corti europee e della Corte costituzionale*, Relazione tenuta all'incontro di studio, svoltosi il 20 settembre 2013 presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, in <[http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni\\_seminari/convegno\\_20\\_settembre\\_2013.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/convegno_20_settembre_2013.pdf)> (ultimo accesso 19.05.2014), p. 2 ss.

<sup>36</sup> Corte cost., sent. n. 348 del 2007.

<sup>37</sup> Corte cost., sent. n. 311 del 2009.

<sup>38</sup> Corte cost., sent. n. 317 del 2009. È stato, a riguardo, osservato che la scelta della Corte di rivendicare, in nome di un diritto all'ultima parola, il potere di sindacare l'operato della Corte di Strasburgo, «di effettuare, cioè, un meta-sindacato che ha per oggetto l'interpretazione della norma CEDU fornita dal giudice europeo» è senza alcun dubbio una «conclusione forte [...], ma, forse, conclusione inevitabile, per 'porre al riparo' il sistema nazionale dal pericolo di uno straripamento dei portati del diritto convenzionale: e per gestire, in assenza di una normativa, questa 'prima fase' di apertura all'ordinamento

Nondimeno, la possibilità, astrattamente configurata dalla Corte, di «alzare il ponte levatoio della sovranità nazionale»<sup>39</sup> si è peculiarmente concretizzata in tempi abbastanza recenti: il riferimento è al caso della sentenza n. 264 del 2012.

### *6.1 Segue: il caso della sentenza n. 264 del 2012*

La strada prescelta dal giudice costituzionale per garantire il rispetto dei ‘controlimiti’<sup>40</sup>, non è stata però, in questa occasione, la drastica declaratoria di illegittimità, come da alcuni auspicata<sup>41</sup>, bensì il ricorso al margine di apprezzamento nazionale.

In particolare, nel caso di specie, l’autorità rimettente dubitava sul se l’art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, nella parte in cui sostanzialmente prevede che la retribuzione percepita all’estero, da porre a base del calcolo della pensione, debba essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro Paese nel medesimo periodo, introducendo nell’ordinamento una interpretazione della disciplina *de qua* in senso non favorevole rispetto alle posizioni degli assicurati, potesse porsi in contrasto con la Costituzione ed in particolare con l’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all’art. 6, par. 1, della CEDU e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo.

Il giudice costituzionale, «posto che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di

---

sovranazionale» (così, GAETA, ‘Controllo di convenzionalità’ e poteri del giudice nazionale: *i difficili approcci dell’ermeneutica giudiziale*, cit., p. 6).

<sup>39</sup> Così, A. RUGGERI, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale di inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/2007/0001\\_ruggeri\\_nota\\_348\\_349\\_2007.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2007/0001_ruggeri_nota_348_349_2007.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014).

<sup>40</sup> Come noto, solitamente ci si riferisce a tale espressione per indicare i limiti alla penetrazione delle norme europee (e non anche di quelle internazionali) nell’ordinamento nazionale.

<sup>41</sup> In tal senso, cfr. A. VALENTINO, *Ancora sulle leggi di interpretazione autentica: il contrasto tra Corte di Strasburgo e Corte costituzionale sulle cc.dd. ‘pensioni svizzere’*, in <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/osservatorio/articolo/ancora-sulle-leggi-d-interpretazione-autentica-il-contrasto-tra-corte-di>>, p. 19, (ultimo accesso 02.05.2014), secondo la quale, coerentemente con l’impostazione delineata nelle c.d. sentenze gemelle, la Corte, ricorrendo all’auto-rimessione della questione di legittimità costituzionale, avrebbe dovuto espungere l’art. 6 CEDU dall’ordinamento.

ampliamento della tutela stessa», si è espresso nel senso della non fondatezza, ritenendo che nell'attività di bilanciamento del principio della supremazia del diritto e della nozione di equo processo, di cui all'art. 6 della CEDU, con i principi di eguaglianza, solidarietà e proporzionalità, prevalgono questi ultimi. D'altra parte, come marcatamente ribadito nel caso in parola, a differenza della valutazione 'parcellizzata' compiuta, di volta in volta, dalla Corte EDU, la Corte costituzionale è chiamata ad effettuare una valutazione 'sistemica' e non isolata dei valori coinvolti dalla norma scrutinata e nell'attività di bilanciamento «solo ad essa spettante» non può prescindere dal richiamo al margine di apprezzamento nazionale, quale «temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea»<sup>42</sup>. Ecco allora che, nell'operazione compiuta dal giudice costituzionale, volta a garantire non la incondizionata primazia dell'ordinamento nazionale, ma l'integrazione delle tutele, il ricorso al margine di apprezzamento consente alla Corte di far prevalere interessi antagonisti rispetto alla tutela di quello sotteso al ricorso. L'ampiezza e la flessibilità di tale strumento hanno consentito di soddisfare due differenti e apparentemente antitetiche esigenze: preservare il sistema nazionale di valori nella loro interazione, da un lato, e non contraddire la sostanza della decisione della Corte Edu, dall'altro.

In altre parole, grazie al margine di apprezzamento, il giudice costituzionale ha optato per una declaratoria di infondatezza, assicurando una garanzia sistemica dei valori costituzionali coinvolti, in luogo di una sentenza di accoglimento che, espungendo la norma censurata dall'ordinamento nazionale e producendo dunque «effetti sistemici sull'ordinamento complessivamente inteso»<sup>43</sup>, avrebbe necessariamente inciso sul regime pensionistico nazionale, inficiando, inevitabilmente, l'essenza stessa della

<sup>42</sup> Secondo C. PINELLI, «Valutazione sistematica» versus «valutazione parcellizzata»: un paragone con al Corte di Strasburgo, in «Giurisprudenza costituzionale», 2012, p. 4231, dietro tali parole, si cela l'intenzione della Corte «di marcare le distanze da Strasburgo, ricordando e ribadendo il carattere internazionale della tutela di quella giurisdizione». Secondo A. RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale ('a prima lettura' di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in <<http://www.diritticomparati.it/2012/12/la-consulta-rimette-abilmente-a-punto-la-strategia-dei-suoi-rapporti-con-la-corte-edu-e-indossando-l.html>>, (ultimo accesso 02.05.2014), «non è chiaro se, marcando la diversità delle prospettive, la Corte punti allo stesso tempo ad evidenziare lo 'stacco' esistente tra se stessa e la Corte Edu [...] oppure se punti puramente e semplicemente a fare del 'sistema' il grimaldello che apra al giudice delle leggi la porta per sfuggire alla 'presa' del giudice convenzionale [...]».

<sup>43</sup> In tal senso, cfr. F. BILANCIA, *Leggi retroattive e di interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialogico tra Corte costituzionale e Corte europea fondato sulla complessità del sistema dei reciproci rapporti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2012, p. 4241.

decisione del giudice di Strasburgo nella parte in cui ha negato ai ricorrenti del caso in esame «il riconoscimento del criterio di calcolo della contribuzione ad essi più favorevole».

Certo, il ricorso alla formula del margine di apprezzamento per assicurare una non automatica trasposizione del *vulnus* di convenzionalità in vizio di costituzionalità, sulla scorta della diversa prospettiva – parcellizzata o sistemica – delle tutele assicurate dalle Corti di Roma e Strasburgo, in realtà si risolve nel riconoscimento della competenza del giudice costituzionale nazionale a rivalutare il principale criterio salvifico elaborato dalla giurisprudenza del giudice europeo nei confronti delle leggi retroattive: la ricorrenza dei «motivi imperativi di interesse generale». Ciò in forza di una sorta di canone di prossimità, in base al quale il giudice più lontano rispetto all'ordinamento in cui quei motivi si verificano finirebbe fatalmente affetto da una sorta di miopia, scontando, quindi, una condizione gregaria rispetto al punto di vista più prossimo, che è quello del «legislatore nazionale e [...] della] Corte [cui spetta] valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionali, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Convenzione europea ai singoli ordinamenti statali»<sup>44</sup>.

Insomma, verrebbe quasi da osservare che, se è incontestato che la Corte EDU mantenga il monopolio ermeneutico delle disposizioni della Convenzione, essa tuttavia non sembra poter vantare analogo dominio esclusivo sulla definizione dei criteri elaborati dalla propria giurisprudenza, i quali finiscono per essere suscettibili di rielaborazione da parte della Corte costituzionale anche con riguardo alla medesima fattispecie concreta.

È evidente che una simile posizione fornisce lo strumento per attenuare i rischi di un conflitto fra i sindacati esperiti fra le due Corti in tema di conformità convenzionale sotto il profilo della salvaguardia del legittimo affidamento<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 15 del 2012, punto 3.3 del '*Considerato in Diritto*'.

<sup>45</sup> Il caso più noto è legato, come noto, alla vicenda *Agrati et al. v. Italy*, in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha pesantemente smentito l'indirizzo dominante nella giurisprudenza costituzionale sulle leggi di interpretazione autentica (per tale orientamento, cfr. A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retro-attive d'interpretazione autentica, e domani?* [a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, *Agrati e al. c. Italia*], <[http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti\\_forum/giurisprudenza/corte\\_europea\\_diritti\\_uomo/0016\\_ruggeri.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0016_ruggeri.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014), pubblicato il 14 giugno 2011. Nonostante la Corte costituzionale, a sostegno della convenzionalità della legge interpretativa, sostenesse che il legislatore aveva seguito una delle interpretazioni possibili, vale a dire quella scelta dalle parti sociali e dall'amministrazione (Corte cost., sent. n. 311 del 2009, ove si legge che «in tale contesto, secondo questa Corte, l'inquadramento stipendiale nei ruoli statali del personale ATA, in ragione del solo cosiddetto

Difatti, pur dinanzi ad esiti contraddittori in tema di conformità a Convenzione delle leggi nazionali o, per dirla più direttamente, ad ipotesi di patenti smentite della Corte EDU rispetto a precedenti pronunzie della Corte costituzionale, quest'ultima potrà sempre attingere alla teorica del ribilanciamento nell'ordinamento costituzionale interno della soluzione convenzionalmente conforme per motivare la mancata traduzione della non convenzionalità in incostituzionalità della legge.

D'altra parte, se l'art. 53 della CEDU preclude che il rispetto degli obblighi internazionali possa implicare un decremento di tutela rispetto a quella assicurata dall'ordinamento nazionale, ne consegue che la tutela dei diritti sanciti nella Convenzione debba essere necessariamente contestualizzata nell'intero sistema di diritti garantiti dalla Costituzione, al fine di evitare che «altri interessi costituzionalmente protetti» possano essere «incisi dall'espansione di una singola tutela»<sup>46</sup>. Detto in altri termini, il rispetto della CEDU e della giurisprudenza europea va garantito se e nella misura in cui l'apparato costituzionale lo renda possibile.

Il rischio che una simile prospettiva, ineccepibile, in chiave teorica, possa servire al giudice costituzionale, oltre che a mantenere spazi di autonomia nel proprio sindacato e a salvaguardare l'indispensabile equilibrio fra esigenza di uniforme applicazione della CEDU, per come interpretata dalla sua Corte, e necessità di salvaguardare l'identità costituzionale, a offrire un eccesso di garanzia – specie in tempo di crisi – alle «esigenze dell'erario [anteponendole] ad ogni cosa, persino [...] ai diritti fondamentali»<sup>47</sup>, non è remoto. Ed anzi, proprio il caso della sentenza n. 264 appena richiamata ne è testimonianza.

---

maturato economico, 'costituiva una delle possibili e plausibili varianti di lettura della norma', avallata, tra l'altro, in sede di accordo siglato tra l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e i rappresentanti delle organizzazioni e confederazioni dei dipendenti», il giudice europeo ha accertato la violazione della CEDU, riscontrando l'evidente 'diversità' tra la disposizione di interpretazione autentica e la disposizione interpretata. Tale constatazione conferma che, a dispetto di quanto, in precedenza, spesso affermato dalla Corte costituzionale, qualora manchi corrispondenza tra funzione (di interpretazione autentica) e contenuto (pseudointerpretativo), niente appare sufficiente per 'scagionare' una legge di interpretazione autentica dall'accusa di novellazione e per giustificare, dunque, l'indebito esercizio della funzione legislative.

<sup>46</sup> Corte cost., sent. n. 264 del 2012.

<sup>47</sup> Così, RUGGERI, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (a prima lettura di Corte cost. n. 264 del 2012)*, cit., p. 9.

### 6.2 *Segue: l'assorbimento del vizio di convenzionalità nel vizio di costituzionalità*

Ma c'è anche un altro modo, apparentemente di minore impatto, ma anch'esso sintomatico, di segnalare da parte della Corte costituzionale una sorta di presa di distanza da Strasburgo. L'ipotesi è quella in cui, in caso di concorrenza di parametri costituzionali diretti e indiretti o, in altri termini, di *vulnera* a principi costituzionali 'interni' o a principi convenzionali 'esterni', ambo cospiranti al medesimo risultato della declaratoria di incostituzionalità, la Corte costituzionale possa mostrare di privilegiare gli uni rispetto agli altri, pervenendo ad una pronuncia di illegittimità che, potendo far leva su entrambi, si presenti sorretta soltanto dai primi. In questo caso, non già nell'esito, bensì nelle sue ragioni si anniderebbe la divaricazione fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale, assumendo un (non secondario) significato simbolico.

Una prima veste, più *soft*, in cui può presentarsi questa modalità di 'distanziamento' è quella del mancato scrutinio di conformità alla CEDU per via dell'assorbimento 'silente' e 'apodittico' del vizio di convenzionalità in quello di costituzionalità in senso proprio. Si tratta, cioè, di quell'ipotesi in cui la Corte costituzionale, offrendo la precedenza a questo secondo profilo e riconoscendo la fondatezza della violazione, rinuncia a verificare anche il primo e, quindi, a pervenire – se del caso – ad una pronuncia di accoglimento sulla base di un combinato disposto costituzionale che includa anche l'art. 117, primo comma, Cost., limitandosi semplicemente ad ignorare il problema della conformità a CEDU<sup>48</sup>.

Una seconda e più significativa versione si ha laddove la Corte, pur prendendo in esame il profilo della violazione della Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo, decida di non pronunciarsi sul punto e di non avvalersi 'direttamente' del supporto di quella giurisprudenza per disporre l'incostituzionalità.

<sup>48</sup> Si segnala, a tal proposito, la sent. n. 364 del 2007, ove la Corte non si è pronunciata sulla presunta lesione, da parte della disposizione censurata, vale a dire dell'art. 7-*quater* del d.l. n. 7 del 2005, di una serie di obblighi derivanti dal diritto internazionale e quindi dell'art. 117, comma 1, Cost., rilevata dal giudice *a quo*, ma 'limitandosi' a constatare il contrasto della disposizione censurata con gli artt. 3 e 24, 102 e 113 Cost., ha ritenuto assorbiti gli altri profili di censura. Più di recente, anche nella sent. n. 277 del 2012, a fronte della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1349, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, sollevata dalla Corte di appello di Torino, in riferimento agli artt. 3, 24, 41, 42, 97, 102, 113 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma censurata, rilevando la violazione degli artt. 3, 24, 101 e 113 Cost., e ritenendo assorbite le ulteriori censure. Il fatto, invero, che il riassorbimento non riguardi il solo art. 117, primo comma, Cost. rende tuttavia i casi richiamati non particolarmente probanti.

È quanto sembra si sia verificato in due recentissime occasioni.

La prima è data dalla pronunzia della sentenza n. 278 del 2013, in tema di parto in anonimato, con la quale la Corte perviene alla declaratoria di incostituzionalità della normativa impugnata che escludeva «*la possibilità di autorizzare la persona adottata all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non volere essere nominata da parte della madre biologica*», per violazione dei soli artt. 2 e 3 della Costituzione, senza tuttavia scrutinare il vizio di violazione degli artt. 117, primo comma, Cost. e 8 CEDU evocato dal giudice remittente, ritenendolo assorbito, sebbene la effettuata disamina della giurisprudenza della Corte europea e la presa in esame del caso, sostanzialmente analogo, oggetto della pronunzia di condanna *Godelli c. Italia*. E questo nonostante la richiamata decisione assunta dal giudice europeo potesse fornire un chiaro avallo alla pronunzia del nostro giudice delle leggi<sup>49</sup>.

Insomma, la Corte costituzionale entra sì in dialogo con la Corte EDU, ma si tratta di un dialogo per dir così aporetico, nel senso che non fornisce un immediato supporto ai fini della soluzione del problema di costituzionalità sollevato. Il che non significa, peraltro, che si tratti di vera e propria neutralizzazione, né di emarginazione, risultando la giurisprudenza europea verosimilmente esercitare nei confronti della Corte italiana una (non secondaria) funzione di stimolo ed una spinta al ripensamento rispetto precedenti prese di posizione<sup>50</sup>.

Il secondo caso è rappresentato dalla sentenza n. 1 del 2014 in cui, nel pervenire alla declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale della Camera e del Senato – n. 270 del 2005 – in riferimento agli artt. 1, commi 2 e 3, 48, comma 2 e 67 Cost., la Corte ritiene invece assorbita la prospettata censura proposta in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 3 del Protocollo 1 della CEDU, precisando peraltro, che «nessun rilievo assume la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 13 marzo 2012 (caso *Saccomanno e altri contro Italia*), resa a seguito di un ricorso proposto da alcuni cittadini italiani che deducevano la pretesa violazione di quel parametro precisamente dalle norme elettorali qui in esame, sentenza che ha dichiarato tutti i motivi di ricorso manifestamente infondati, sul presupposto 'dell'ampio margine di discrezionalità

<sup>49</sup> Coglie esattamente il punto E. FRONTONI, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini tra Corte EDU e Corte costituzionale. Nota a prima lettura sul mancato ricorso all'art. 117, primo comma, Cost., nella sentenza della Corte costituzionale n. 278 del 2013*, in <<http://www.rivistaaic.it/osservatorio/articolo/il-diritto-del-figlio-conoscere-le-proprie-origini-tra-corte-edu-e-corte>> (ultimo accesso 16.05.2014).

<sup>50</sup> È la lettura ancora di FRONTONI, cit., p. 5 s.

di cui dispongono gli Stati in materia'». Margine di discrezionalità che, nella specie, la Corte ha inteso far valere proprio per escludere di attribuire rilievo alla pronunzia della Corte di Strasburgo nel caso in esame<sup>51</sup>.

Orbene, lasciando qui da un canto le perplessità che l'istituto dell'assorbimento dei vizi di legittimità costituzionale suscita<sup>52</sup>, specie – come nel caso in esame – qualora la natura composita ed articolata del termine parametrico della questione di costituzionalità rifletta una pluralità di punti di vista ordinamentali, quel che qui preme rilevare è che l'opzione in favore dell'assorbimento del vizio di convenzionalità in quello di costituzionalità, quantomeno laddove si tratti di scelta esplicita e consapevole, pare a chi scrive suscettibile di essere interpretata come sintomatica dell'esigenza del nostro giudice costituzionale di guadagnare spazi di autonomia nei riguardi della Corte europea di Strasburgo. Del resto, ciò sembrerebbe in linea con quanto osservato da attenta dottrina circa il ruolo ancillare del limite degli obblighi internazionali rispetto a quello delle altre norme costituzionali, il quale dovrebbe risultare «concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia causa di decremento di tutela rispetto a quella già assicurata dall'ordinamento interno»<sup>53</sup>.

## 7. Una rapida conclusione

Alla luce di quanto detto, occorre chiedersi quale sia, oggi, il ruolo assolto dalla CEDU, per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, nella tutela del legittimo affidamento e, pel tramite di essa, nella salvaguardia dei diritti costituzionalmente garantiti.

L'apertura rappresentata dall'evocazione indiretta per il tramite dell'art. 117, primo comma, ha senz'altro costituito, anche su tale versante, un'in-

<sup>51</sup> Su tale aspetto, cfr. R. DICKMANN, *La Corte dichiara incostituzionale il premio di maggioranza e il voto di lista e introduce un sistema elettorale proporzionale puro fondato su una preferenza. (Prime osservazioni a Corte cost. 13 gennaio 2014, n. 1)*, <[http://www.uilpa-dirigentiministeriali.com/attachments/article/3531/+la\\_corte\\_dichiara\\_f.pdf](http://www.uilpa-dirigentiministeriali.com/attachments/article/3531/+la_corte_dichiara_f.pdf)> (ultimo accesso 02.05.2014).

<sup>52</sup> È dedicato allo studio del problema il volume di A. BONOMI, *L'assorbimento dei vizi nel giudizio di costituzionalità in via incidentale*, Jovene, Napoli 2013, *passim*.

<sup>53</sup> Così, M. RUOTOLO, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in <<http://www.giurcost.org/studi/ruotolo3.pdf>> (ultimo accesso 17.05.2014), 8 ottobre 2013.

teressante occasione di interlocuzione fra le due Corti, la cui evoluzione in questi anni registra e conferma la bontà dell'asserto per cui la circolazione delle giurisprudenze «non compromette l'identità», ma piuttosto si atteg-gia, da un verso, a strumento esemplare per trovare 'soluzioni' costituzio-nali all'interno di un contesto più ampio<sup>54</sup> e, dall'altro, a luogo ideale in cui, guardando «se stesso attraverso l'altro» si acquista progressivamente coscienza dell'essere «parti di un medesimo movimento storico» nel quale nessuno può pensare «di 'essere il mondo'»<sup>55</sup>.

Tutelare il legittimo affidamento del cittadino davanti alla legge anche attraverso il ricorso alla giurisprudenza della Corte EDU non ha infatti rap-presentato una sorta di avallo ad un'operazione di assorbimento della garanzia (del giudice) costituzionale in quella (del giudice) convenzionale, ma piuttosto lo strumento per assicurare una integrazione delle tutele offerte dalle due Carte – la Convenzione e la Costituzione – e le due Corti – di Roma e Strasburgo.

A tal fine, decisivo rilievo – come s'è visto – ha assunto l'accorto utilizzo che il giudice costituzionale ha mostrato di fare del c.d. margine di apprezzamento, inteso quale strumento per regolare quella «continua tensione tra l'essenza universale dei diritti fondamentali e la diversità dei contesti»<sup>56</sup>. Attraverso di esso la Corte costituzionale si è garantita la possi-bilità di rivolgersi al giudice europeo come «ad un 'amico ricco di esperien-za', che fa pensare di più, risveglia energie potenzialmente latenti, allarga le prospettive e arricchisce le argomentazioni, portando alla luce punti di vista forse altrimenti ignorati»<sup>57</sup>, senza per questo del tutto rinunciare al potere di scegliere se e in che modo avvalersi della sua giurisprudenza, oppure allontanarsene, facendo emergere la «meravigliosa ricchezza della diversità»<sup>58</sup> che, caratterizzando i singoli ordinamenti, consente e giustifica soluzioni uniformi, ma non omologhe.

Che si tratti di un equilibrio assai delicato e che il rischio di un uso strumentale sia dietro l'angolo è cosa di tutta evidenza. Solo gli sviluppi giurisprudenziali ulteriori potranno darci qualche elemento più significativo di valutazione.

<sup>54</sup> Così, G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2012, p. 561.

<sup>55</sup> Loc. ult. cit.

<sup>56</sup> Così P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2007, p. 146.

<sup>57</sup> In tal senso cfr. ZAGREBELSKY, MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 561.

<sup>58</sup> Così, TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, cit.

*The protection of citizens' legitimate expectations within national constitutions and the framework of the European Convention of Human Rights*

The paper provides a concise overview of the extensive and complex constitutional case-law on the protection of the legitimate expectations of citizens before the law. It aims to establish – also in the light of recent developments - whether such a principle has a place in the framework of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Art. 117, para 1, of the Italian Constitution, that makes international conventions binding for the Italian legal system, leaves a series of issues still open for debate involving both the Constitutional Court and the European Court of Human Rights on the subject of legitimate expectations.

Rainer Arnold\*

*L'identità costituzionale: un concetto conflittuale*

L'identità costituzionale come limite alla primazia del diritto sovranazionale è al momento un concetto altamente conflittuale in Europa. La Corte costituzionale federale tedesca (CCF) ha sviluppato una definizione collegata alla cd. 'clausola di eternità' di cui all'art. 79.3 della Legge Fondamentale (BL). Tale clausola rappresenta un limite a qualsiasi riforma della Costituzione e ad essa si fa riferimento anche quale strumento di salvaguardia delle strutture fondamentali della BL contro una possibile eccessiva invadenza del diritto dell'Unione europea (UE). Secondo la CCF spetta ad essa il potere di decidere in ordine alla definizione di identità costituzionale e di impedire l'applicazione in Germania di norme UE in caso di incompatibilità. Questa posizione è in evidente contrasto con la prospettiva seguita dall'UE, secondo la quale il potere ultimo di decidere in ordine alla applicazione del diritto sovranazionale spetta alla Corte di giustizia dell'UE; pertanto la definizione di identità nazionale (comprensiva di quella costituzionale) ai sensi dell'art. 4, par. 2 del Trattato sull'Unione europea spetta alla Corte UE. Il meccanismo di rinvio pregiudiziale dovrebbe rappresentare lo strumento processuale che consente di superare i conflitti che potrebbero derivare da queste divergenze di prospettiva.

*1. Le premesse normative dell'integrazione*

L'ordinamento giuridico dell'UE e quelli nazionali possono essere definiti come ordinamenti che, pur essendo autonomi, si trovano in un rapporto di reciproca integrazione, nel senso che l'uno e gli altri esplicano la propria forza normativa nello spazio di sovranità di ciascuno degli Stati membri. Questa 'coesistenza' normativa è un effetto del sistema sovranazionale fondato sul trasferimento di 'poteri sovrani' da parte degli

---

\* Rainer Arnold è Professore ordinario nell'Università di Regensburg, ed è stato titolare della Cattedra Jean Monnet di Diritto comunitario (1999), *visiting Professor* nell'Università di Carlo di Praga (2000), titolare della Cattedra Jean Monnet *ad personam* (2008), *fellow* nell'European Law Institute. È membro dell'Accademia delle Scienze di Firenze (dal 2002) e dell'Académie internationale de droit comparé (dal 2002).

Stati membri all'Unione europea (UE).

Il processo di trasferimento, come è stato spiegato anche nella giurisprudenza costituzionale tedesca<sup>1</sup>, è frutto di una scelta sovrana degli Stati membri grazie alla quale le norme sovranazionali penetrano all'interno dell'ordinamento statale. Lo Stato rinuncia 'all'esclusività normativa' del suo proprio diritto sul proprio territorio, accettando delle limitazioni alla sua sovranità.

Il problema sorge in caso di conflitto fra i due ordinamenti. Se si parte dalla posizione espressa dalla Corte di giustizia dell'UE riguardo al primato del diritto dell'UE<sup>2</sup>, si può osservare che mentre nella prospettiva sovranazionale il primato è assoluto e coinvolge anche le norme costituzionali<sup>3</sup>, in quella nazionale il primato appare limitato.

L'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale degli Stati membri è estremamente variegato, passando da un rifiuto totale del primato sul diritto costituzionale (Polonia, Lituania) all'accettazione con riserve. La riserva 'dell'identità costituzionale' è attualmente la più importante. Nel presente contributo ci si riferirà in particolare alla giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca (CCF), che ha impostato il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario nel senso di escludere il nucleo essenziale della Costituzione tedesca dall'ambito nel quale è possibile instaurare un rapporto di subordinazione rispetto alle norme dell'Unione europea<sup>4</sup>.

## 2. *L'evoluzione della posizione della CCF tedesca rispetto al potere sovranazionale*

La CCF ha accettato, in una prima fase della sua giurisprudenza, le linee fondamentali dell'impostazione sovranazionale espresse in particolare dalla sentenza *Costa c. ENEL* del 1964, pur ribadendo l'importanza della legge di approvazione dei Trattati di integrazione, in particolare del Trattato CEE/CE, corrispondenti agli attuali Trattati TUE e TFUE. Questi ultimi costituiscono, secondo la Corte, la base giuridica, la ragione della validità normativa (*Geltungsgrund*) delle norme comunitarie, del loro

---

<sup>1</sup> Corte costituzionale federale (CCF), sentenza *Solange*, cfr. nota 5.

<sup>2</sup> Per l'impostazione seguita dalla giurisprudenza sul primato del diritto comunitario nell'anno 1964 cfr. in particolare la sentenza *Costa/ENEL* della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, in «Raccolta», 1964, p. 1127.

<sup>3</sup> Corte di giustizia, sentenza del 17 dicembre 1970 sul caso *Internationale Handelsgesellschaft*, causa 11/70, in «Raccolta», 1970, p. 1125 ss.

<sup>4</sup> Cfr. *Bundesverfassungsgericht*, 2 BvE 2/08 del 30.6.2009, Absatz-Nr. (1-421), in <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html)> (ultimo accesso 19.04.2014).

effetto diretto negli ordinamenti statali e del primato del diritto sovranazionale. Tuttavia, la stessa Corte ha formulato tre riserve fondamentali: l'esistenza di una protezione adeguata dei diritti fondamentali dell'individuo, il rispetto delle competenze trasferite e – riserva più importante – l'identità costituzionale come limite del potere sovranazionale.

La prima riserva ha trovato espressione nelle famose sentenze *Solange I* (1974)<sup>5</sup> e *Solange II* (1986)<sup>6</sup>, le quali hanno sottolineato che l'individuo dev'essere adeguatamente tutelato nei suoi diritti fondamentali (sia che derivino dalle norme europee, sia da quelle nazionali), anche quando la lesione si ricollegli ad atti nazionali adottati in esecuzione del diritto comunitario.

La seconda riserva – che in realtà non si configura come una riserva nel senso proprio della espressione – sottolinea che gli organi sovranazionali devono rispettare i limiti delle competenze loro trasferite. Un'azione *ultra vires* non sarebbe compatibile né con il diritto comunitario né con quello costituzionale. In questo senso, la CCF conferma la necessità che le istituzioni comunitarie osservino i limiti delle competenze loro trasferite (*compétence d'attribution*), e fondino la loro azione sulle competenze loro attribuite dai Trattati. Va qui sottolineato che la Corte si attribuisce il diritto di avere 'l'ultima parola': questa posizione, emersa per la prima volta nella sentenza *Maastricht*<sup>7</sup>, è in aperto contrasto rispetto alla posizione della Corte di giustizia dell'UE.

Nella sentenza *Trattato di Lisbona* la CCF è andata al di là del problema delle competenze, ed ha affrontato la questione della identità costituzionale<sup>8</sup>. La Corte tedesca infatti non si è limitata a constatare l'incompatibilità fra atto sovranazionale e principio di identità costituzionale tedesca sotto il profilo delle competenze – motivo per il quale si configurerebbe un caso di atto *ultra vires* – ma ha affermato la propria facoltà di proibirne l'applicazione sul territorio nazionale.

Questa posizione della CCF configura una disarmonia rispetto al concetto di sovranazionalità scaturente dalla giurisprudenza della Corte di giustizia da un duplice punto di vista: da un lato infatti la Corte nazionale rivendica una facoltà di interpretare il diritto sovranazionale in modo

<sup>5</sup> Sentenza del 29 maggio 1974, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 37, p. 271 ss., in <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv037271.html>> (ultimo accesso 19.04.2014).

<sup>6</sup> Sentenza del 22 ottobre 1986, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 73, p. 339 ss., in <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv073339.html#Opinion>> (ultimo accesso 19.04.2014).

<sup>7</sup> Sentenza del 12 ottobre 1993, *Bundesverfassungsgericht*, vol. 89, p.155 ss., in <[http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/Maastricht\\_Urteil\\_1993.pdf](http://www.europarl.europa.eu/brussels/website/media/Basis/Vertraege/Pdf/Maastricht_Urteil_1993.pdf)> (ultimo accesso 19.04.2014).

<sup>8</sup> Sentenza del 30 giugno 2009, *Bundesverfassungsgericht*, cit. *supra*, nota 4, par. 240.

autonomo e definitivo in virtù del principio dell'identità costituzionale; dall'altro lato afferma la propria esclusiva competenza a decidere circa l'applicabilità del diritto sovranazionale derivante da atti dell'UE. Infine, una terza disarmonia si può riscontrare per il fatto che il concetto dell'identità nazionale (comprensivo dell'identità costituzionale) proclamato anche a livello sovranazionale dall'art. 4.2 del Trattato UE, viene interpretato e applicato nella prospettiva della contrapposizione fra obblighi scaturenti dal diritto dell'UE e diritto costituzionale nazionale.

### *3. Identità costituzionale tedesca – il riferimento alla 'clausola di eternità'*

La CCF definisce l'identità costituzionale tramite il nucleo delle norme costituzionali protetto dall'art. 79 della Legge fondamentale (LF). Quest'articolo limita il potere del legislatore di riformare la Costituzione. Dichiara non suscettibili di riforma costituzionale l'art. 1 ed i principi di cui all'art. 20 LF. Sono dunque considerate come intangibili (vuol dire non modificabili tramite riforma costituzionale) la garanzia della dignità umana e le strutture principali dello Stato: la democrazia, la repubblica, lo stato sociale, lo stato di diritto (nei suoi elementi di base, ossia la legalità dell'esecutivo e del potere giurisdizionale nonché la costituzionalità della legislazione) ed il federalismo. Quest'ultimo aspetto è garantito sotto tre profili: il federalismo inteso come concetto generale, la suddivisione del territorio della Germania in Stati membri (*Länder*) e la partecipazione di questi ultimi alla legislazione federale.

L'approccio della CCF sembra essere essenzialmente influenzato dal testo dell'art. 23.1 LF che si riferisce alla menzionata 'clausola di eternità'. Questa disposizione è lo strumento d'integrazione che contempla talune cautele nella dimensione interna ed esterna. Autorizza il trasferimento delle competenze statali ad organismi sovranazionali con i seguenti limiti: riguardo all'aspetto esterno, si richiede che gli organismi creati a seguito del trasferimento di competenze si conformino a determinate caratteristiche strutturali fondamentali del sistema tedesco, in particolare a quelle previste dall'art. 20 LF. Quest'esigenza si spiega in base all'idea che uno spostamento di potere politico, in particolare legislativo, non debba condurre a condizioni non democratiche che non rispettino i principi dello Stato di diritto; in particolare, l'individuo non dovrebbe perdere la protezione garantitagli dalle norme sui diritti fondamentali.

L'altro aspetto dell'art. 23, quello interno, si riallaccia alla clausola di eternità sopra richiamata: le norme sovranazionali non possono

modificare i fondamenti dell'ordine costituzionale. Tale limite, che vale in caso di riforma costituzionale, trova applicazione anche con riferimento al possibile impatto del diritto sovranazionale. Quest'ultimo è considerato un elemento suscettibile di introdurre una riforma sostanziale (non formale) della Costituzione, e pertanto non può oltrepassare quegli stessi limiti che operano nei casi in cui si proceda ad una modifica formale della Costituzione.

La CCF considera questa clausola di eternità alla quale fa riferimento l'art. 23 primo comma come una espressione dell'identità costituzionale tedesca. Nella sentenza *Trattato di Lisbona*, la Corte sottolinea questa connessione normativa. La Corte sembra collegare la forza del principio di identità al richiamo operato dall'art. 23 all'art. 79.3 LF.

È sorprendente osservare che la Corte aveva già utilizzato il termine 'identità' nella sua decisione *Solange I* del 1974, con riferimento alla problematica dei diritti fondamentali. In questa sentenza la Corte aveva dichiarato che la protezione dei diritti fondamentali dell'individuo costituisce una parte essenziale della Costituzione che non può essere abbandonata o relativizzata in maniera incondizionata: secondo quanto aveva precisato la Corte, l'art. 24 LF – norma d'integrazione precedente all'art. 23 LF (introdotto all'occasione della creazione dell'UE nel 1993) – dev'essere interpretata nel 'contesto integrale della Costituzione'. Esso non autorizza «modifiche della struttura fondamentale della Costituzione, sulla quale si basa l'identità di quest'ultima, senza le procedure di riforma costituzionale»; pertanto è escluso che tali modifiche possano intervenire «con atti di un'organizzazione internazionale». Non si può consentire la «sospensione (tramite una riforma del Trattato CEE) dell'identità della Costituzione tedesca in vigore attraverso modifiche che praticino una irruzione nelle strutture costituenti». Lo stesso vale, secondo la Corte, nel campo del diritto comunitario secondario. In questa pronuncia, nella quale veniva utilizzato il concetto di identità costituzionale, la Corte non menzionava la clausola di eternità, ma si basava su di una argomentazione più generale rispetto a quella utilizzata successivamente dalla stessa Corte, consistente nel riferimento all'art. 79.3 LF.

Va osservato che in realtà quest'ultimo articolo non menziona alcune caratteristiche strutturali dell'ordinamento costituzionale tedesco di grande importanza, come la giustizia costituzionale, tipica per la Germania del dopoguerra, forza dinamica del costituzionalismo attuale, o il concetto dello 'Stato aperto'<sup>9</sup>, sviluppato dalla giurisprudenza della CCF, il cui significato va ricondotto alla legittimità di un potere sovranazionale che

<sup>9</sup> Cfr. K.P. SOMMERMANN, *Offene Staatlichkeit: Deutschland*, in *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. 2, a cura di A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber, *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, Heidelberg 2008, pp. 3-35.

scaturisce dai trasferimenti di competenze nazionali come modalità di esercizio dei poteri dello Stato. D'altra parte, va tenuto presente il carattere evolutivo del concetto di identità costituzionale. Una norma come l'art. 79.3 LF, va inquadrata nel contesto storico nel quale è stata formulata quando non era possibile individuare tutti gli aspetti nei quali si sarebbe manifestata l'identità nazionale (comprensiva dell'identità costituzionale). La Costituzione è uno strumento 'vivo' che va adattato, sia pure entro i limiti consentiti e alla luce delle sue finalità, tenuto conto che è necessariamente destinata ad avere forza normativa nel lungo periodo e ad affrontare cambiamenti sociali radicali e nuovi orientamenti della società<sup>10</sup>; anche le norme costituzionali sono soggette a cambiamenti, pur se il nucleo dei principi costituzionali subisce necessariamente un processo di evoluzione più lento rispetto al resto delle norme. Per questa ragione nella interpretazione delle clausole che limitano la portata di riforme costituzionali è necessario tener conto degli elementi sopravvenuti che sono suscettibili di determinare trasformazioni nell'ordinamento dello Stato e produrre novità anche sul piano costituzionale. In questo senso è necessario che la CCF si adegui ad una prospettiva più ampia.

#### *4. Identità nazionale e sovranazionale: conseguenze sotto il profilo della competenza giurisdizionale*

Nel possibile conflitto fra concetto nazionale e sovranazionale dell'identità costituzionale si inserisce il problema di stabilire quale giudice sia competente a definire e realizzare l'identità costituzionale dello Stato membro: il giudice nazionale o quello sovranazionale? A quale giudice spetta la decisione finale?

È manifesto che la definizione dell'identità costituzionale di uno Stato è materia di competenza del giudice nazionale, più precisamente del giudice costituzionale (o Corte suprema se questa dispone di funzioni di giustizia costituzionale). È l'interprete della Costituzione e dell'identità costituzionale che contribuisce a ricostruire il nucleo e le caratteristiche della struttura costituzionale.

---

<sup>10</sup> Per la CEDU come *living instrument* (una qualificazione facilmente trasferibile alla Costituzione) cfr. Corte EDU, sentenze del 25.04.1978 (caso *Tyrer*, n. 5856/72); 13.06.1979 (caso *Marckx*, n. 6833/74); 09.10.1979 (caso *Airey*, n. 6289/73); 17.10.1986 (caso *Rees*, n. 9532/81); 27.09.1990 (caso *Cossey*, n. 10843/84), 23.3.1995 (caso *Loizidou-preliminary objections*, n. 15318/89). Si veda anche C. GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck, Wien-Manz-München 2008<sup>3</sup>, p. 39, nota 32.

È anche evidente che la definizione del concetto di identità nazionale, che comprende quella costituzionale il cui rispetto è sancito dall'art. 4.2 Trattato UE, spetta anche alla giurisdizione sovranazionale. La nozione di identità fa parte del diritto primario dell'UE e dev'essere interpretata, secondo le regole generali dell'interpretazione del diritto sovranazionale, nella prospettiva europea. Ciò rappresenta un limite al recepimento della interpretazione formulata dal giudice nazionale e della prospettiva seguita da quest'ultimo a livello europeo. Tuttavia, si pone il problema di come possa esistere una nozione sovranazionale di un concetto profondamente nazionale.

Il diritto dell'UE deve limitarsi a fissare una definizione generale che enumeri, in prospettiva sovranazionale, gli aspetti costitutivi dell'identità costituzionale. Tale nozione può funzionare come strumento di controllo applicabile per misurare le obiezioni provenienti da uno Stato membro rispetto all'applicazione di una norma sovranazionale, e motivate in base alla incompatibilità di tale norma con l'identità nazionale così come interpretata dal giudice nazionale. Sul piano dell'applicazione di un atto sovranazionale, la competenza ad annullare l'obbligo di darvi applicazione non spetta al giudice nazionale ma esclusivamente a quello sovranazionale. Sul punto la posizione opposta della CCF appare infondata. Va invece seguita la giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'UE nel senso che spetta soltanto alla Corte di giustizia o, secondo i casi, al Tribunale di primo grado la facoltà di intervenire sull'efficacia di una norma sovranazionale, sia mediante l'annullamento sia mediante la sospensione della sua applicabilità<sup>11</sup>.

Se il giudice nazionale, in particolare la Corte costituzionale, considera un atto dell'UE come incompatibile con l'identità costituzionale, deve necessariamente rinviare alla Corte di giustizia dell'UE, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la questione della compatibilità di quell'atto con l'art. 4.2 TUE. Non appare pertanto accettabile la posizione della CCF che considera non trasferibile agli organismi sovranazionali la competenza ultima a decidere questioni relative alla applicazione del diritto dell'UE in quanto interferenti con l'identità costituzionale<sup>12</sup>. Rientra infatti nella competenza della Corte di giustizia, riconosciuta e accettata dagli Stati membri, garantire che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE, l'Unione rispetti, oltre all'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati, «la loro 'identità nazionale' insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali».

La divergenza fra le posizioni della giurisprudenza tedesca e quella

<sup>11</sup> Cfr. la sentenza del 22 ottobre 1987 sul caso *Foto-Frost*, causa 314/85, in «Raccolta», 1987, par. 19.

<sup>12</sup> Sentenza del 30 giugno 2009, *Bundesverfassungsgericht*, cfr. *supra*, nota 4, par. 339 s.

sovranazionale rischia di innestare un potenziale conflitto giurisdizionale. Nell'interesse dell'integrazione è auspicabile che prevalgano gli argomenti favorevoli alla cooperazione tra corti nazionali e Corte di giustizia dell'UE.

### *Constitutional identity: a debated concept*

Constitutional identity as a limit for the primacy of supranational law is currently highly debated in Europe. The German Federal Constitutional Court (FCC) has been developing a concept which is connected with the 'eternity clause' in Art. 79.3 of the Basic Law (BL). This clause sets limits for a formal reform of the Constitution and is also referred to as a basis for safeguarding the fundamental structures of the BL against a too far-reaching impact of EU law. The FCC declares to possess the ultimate power to define constitutional identity and to hinder the EU law application in Germany in case of inconsistency. This position is evidently in conflict with the EU perspective, that entrusts the final power to decide on the application of supranational law to the Court of Justice of the EU: thus the definition of national identity (including constitutional) in the terms of Art. 4.2 EU Treaty should be left to the EU Court. The preliminary ruling mechanism should be the procedural key for the solution of a potential conflict arising from these divergent perspectives.

Marco Ruotolo\*

*L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale.  
Il «caso» dell'art. 27, comma 3, Cost.<sup>1</sup>*

Il contributo ha per oggetto l'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale, con particolare riferimento alle possibili letture dell'art. 27, comma 3, Cost. L'autore ritiene che il limite del «rispetto degli obblighi internazionali» debba essere impiegato come parametro «residuale» nel giudizio di costituzionalità, dovendosi piuttosto privilegiare, ove possibile, l'interpretazione evolutiva (o estensiva) dei disposti costituzionali alla luce degli «obblighi internazionali» assunti dallo Stato. La prospettiva proposta mira pertanto a valorizzare la portata degli apporti sovranazionali per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime.

*1. Premessa*

Uno studio può avere obiettivi diversi. Esprimere un compiuto punto di vista all'esito di anni di ricerche o proporre alcune riflessioni per alimentare, magari, ricerche ulteriori.

Il mio studio si propone questo secondo obiettivo, non intendendo approfondire il tema, ampiamente esaminato specie a seguito della riforma del Titolo V, della vincolatività degli obblighi internazionali sul piano del diritto interno, quale specifica conseguenza della previsione del limite del loro

---

\* Marco Ruotolo è professore ordinario di Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre e direttore del Master di II livello in Diritto penitenziario e Costituzione. È membro dei Comitati di direzione di importanti riviste giuridiche (tra le quali *Costituzionalismo.it* e *Diritto e Società*), nonché di Collane editoriali (tra le quali *Per una koinè costituzionale*, *Costituzionalisti del XX secolo*, *Diritto penitenziario e Costituzione*).

<sup>1</sup> Questo studio, affettuosamente dedicato al Prof. Stefano Maria Cicconetti, trae spunto dalla mia relazione al Seminario internazionale di studi su *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, svoltosi a Roma Tre il 19 e 20 marzo 2012.

rispetto sancito per la legislazione statale e regionale dal «nuovo» primo comma dell'art. 117 Cost. Sappiamo bene, con specifico riferimento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che le sue disposizioni, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, vincolano il legislatore, purché non contrastino con previsioni della Costituzione italiana. È un esito al quale la Corte costituzionale è pervenuta con le due famose sentenze del 2007 (c.d. sentenze gemelle, n. 348 e 349 del 2007), poi affinate, nei contenuti di principio, dalla successiva giurisprudenza (sentenze n. 39 del 2008; 236, 311, 317 del 2011; 15 e 264 del 2012)<sup>2</sup>. Non mancano, ovviamente, profili problematici ancora aperti su questo tema, riguardanti, tra l'altro, la qualificazione e il rango da riconoscere alle norme della CEDU, nonché l'esatta definizione degli obblighi di conformazione discendenti dalle decisioni della Corte EDU. Due temi che non approfondirò, pur dovendo manifestare sinteticamente la mia posizione su di essi, in quanto utile premessa al ragionamento che intendo sviluppare.

Quanto al primo aspetto mi sembra preferibile la ricostruzione offerta in dottrina per cui non sono le norme CEDU, bensì le norme interne di esecuzione della Convenzione ad essere qualificabili come «norme interposte di grado legislativo aventi la funzione di parametro in rapporto all'art. 117, comma 1», con conseguente inutilità di postulare per esse un «grado gerarchico» peculiare<sup>3</sup>. Quanto al secondo aspetto, la posizione non può che essere articolata, dovendosi anzitutto distinguere gli effetti che discendono da una specifica sentenza di condanna nei confronti di uno Stato, che costituiscono

<sup>2</sup> Alla più recente giurisprudenza costituzionale riguardante i rapporti tra CEDU e ordinamento italiano ha dedicato diversi scritti Antonio Ruggieri. Si vedano, tra gli altri, i seguenti, tutti pubblicati in *Consulta Online: La Corte costituzionale 'equilibrata', tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, 7 novembre 2011; *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ('a prima lettura' di Corte cost. n. 230 del 2012)*, 16 ottobre 2012; *L'intensità' del vincolo espresso dai precedenti giurisprudenziali, con specifico riguardo al piano dei rapporti tra CEDU e diritto interno e in vista dell'affermazione della Costituzione come «sistema»*, 30 gennaio 2013. Molteplici i commenti sulle c.d. sentenze gemelle della Corte costituzionale, nn. 348 e 349 del 2007, tra i quali si segnala quello di M. CARTABIA, *Le sentenze 'gemelle': diritti fondamentali, fonti, giudici*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2007, p. 3565 ss. Alle decisioni è stato dedicato un seminario interdisciplinare svoltosi il 12 marzo 2007 presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria, i cui atti sono raccolti in *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, a cura di C. Salazar, A. Spadaro, Giuffrè, Milano 2009.

<sup>3</sup> Il riferimento operato nel testo è a S.M. CICCONE, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in «Giurisprudenza Costituzionale», 2008, p. 565 ss. L'autore è poi tornato in argomento nel successivo saggio su *Tipologia, funzione, grado e forza delle norme interposte*, in «Diritto e Società», 2011, p. 721 ss.

il contenuto dell'obbligo di conformazione, da quelli che possono derivare dall'interpretazione delle disposizioni pattizie proposta dalla Corte<sup>4</sup>. Nel primo caso può senz'altro configurarsi un obbligo di risultato in capo allo Stato, che deve attivarsi per evitare il ripetersi di violazioni ulteriori. Quando la decisione assume l'efficacia di cosa giudicata, o perché si è pronunciata la Grande Camera o perché ad essa non si è fatto ricorso, il vincolo a carico dello Stato riconosciuto responsabile della violazione scatta nella sua pienezza. Diversa sembra essere invece la capacità condizionante di quella giurisprudenza sugli altri Stati. Occorre, infatti, considerare che la giurisprudenza della Corte EDU è una giurisprudenza casistica, che si confronta con il diritto nazionale specifico. Di qui l'impossibilità di configurare uno specifico obbligo di risultato nei confronti degli 'altri' Stati, potendosi al più rispetto ad essi riconoscere una capacità condizionante non già della pronuncia ma 'dell'interpretazione della disposizione pattizia' in essa resa dalla Corte dei diritti, magari con una maggiore intensità nei confronti di quei Paesi che abbiano assunto la posizione di *amicus curiae* nel corso dello specifico giudizio. Un rilievo ermeneutico che trascende i confini dello Stato membro condannato e che può essere riferito al particolare ruolo affidato in tale ambito alla Corte di Strasburgo dall'art. 32, par. 1, della Convenzione (cd. 'monopolio interpretativo' sulle disposizioni CEDU). Ma un rilievo che deve poi conciliarsi con le specificità delle legislazioni dei singoli Stati e in particolare con i loro principi costituzionali, nell'ambito del c.d. margine di apprezzamento ossia di quella «valutazione sistemica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti» (Corte cost., sentenze n. 311 e 317 del 2009)<sup>5</sup>.

Con queste precisazioni sembra possibile affermare la capacità condizionante delle interpretazioni della CEDU offerte dalla Corte di Strasburgo anche al di là del singolo caso deciso, seguendo l'assunto per cui la Convenzione vive nella giurisprudenza della sua Corte<sup>6</sup>. Si tratta

<sup>4</sup> Sul problema della definizione degli obblighi di conformazione discendenti dalle decisioni della Corte EDU, si indicano due recenti volumi: B. RANDAZZO, *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2012; D. TEGA, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Giuffrè, Milano 2012.

<sup>5</sup> Sulle origini del concetto, emerso dalla giurisprudenza della Corte europea, cfr., in particolare, F. DONATI, P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le corti d'Europa*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli, Torino 2003, p. 65 ss.

<sup>6</sup> Un punto da approfondire dovrebbe essere quello della efficacia delle decisioni della singola Sezione in attesa della pronuncia della Grande Camera. Come dovrebbe comportarsi il giudice interno nella ricerca dell'interpretazione conforme a CEDU? Se la CEDU vive nell'interpretazione della Corte di Strasburgo, sembra possibile affermare

di un discorso che solitamente si pone a fondamento dell'obbligo per il giudice nazionale di ricercare interpretazioni del diritto interno conformi al diritto prodotto dalla CEDU. Solo ove ciò non sia possibile, perché la 'lettera' lo impedisce, il presunto contrasto dovrà essere fatto valere davanti alla Corte costituzionale nei termini di un'indiretta violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., che appunto impone il rispetto degli obblighi internazionali da parte della legislazione statale e regionale. E sarà la Corte ad assicurare la prevalenza del diritto prodotto dalla CEDU, sempre che non sia quest'ultimo a porsi in contrasto con la Costituzione<sup>7</sup>.

## 2. CEDU e interpretazione costituzionale, prima della riforma del Titolo V

Siamo alle soglie del tradizionale tema dell'interpretazione conforme a CEDU del dettato legislativo interno<sup>8</sup>. La questione che vorrei porre non è però quella, ampiamente studiata, dell'interpretazione delle disposizioni normative di rango primario e dei limiti della stessa, quanto della possibile incidenza della CEDU sull'interpretazione dei disposti costituzionali.

Che il diritto internazionale pattizio abbia significativo rilievo nella «interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme

---

che il giudice debba comunque privilegiare una lettura delle disposizioni convenzionali nel senso proposto dalla Sezione ancorché la pronuncia non abbia assunto l'efficacia di cosa giudicata. La Corte costituzionale, infatti, opera un generico riferimento alla giurisprudenza della Corte europea nel richiedere ai giudici comuni di leggere le disposizioni interne alla luce della CEDU, per come interpretate dalla giurisprudenza di Strasburgo.<sup>7</sup> Sull'efficacia della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano cfr., oltre agli scritti in precedenza citati, M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, a cura di R. Bin [et al.], Giappichelli, Torino 2007, p. 1 ss.; D. TEGA, *La CEDU e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Il Mulino, Bologna 2007, p. 67 ss.; A. MORRONE, *Sui rapporti tra norme della CEDU e ordinamento costituzionale*, in *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europea*, a cura di L. Mezzetti, A. Morrone, Giappichelli, Torino 2011, p. 189 ss. Sulle relazioni tra ordinamenti cfr. ora, in una prospettiva anche storica, il libro di A. SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, Jovene, Napoli 2012, e *ivi* pure approfondimenti sulla relazione tra ordinamenti nazionali e CEDU, fra teoria delle fonti e aperture interpretative (p. 351 ss.).

<sup>8</sup> Sul ruolo dei giudici nell'interpretazione conforme alla CEDU la bibliografia è ormai vastissima. Limitandosi ad alcuni dei più recenti contributi, si indicano: R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, Roma 2011; F. MANNELLA, *Giudici comuni e applicazione della Costituzione*, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 189 ss.; G. PISTORIO, *Interpretazioni e giudici*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 72 ss.

contenute nella Costituzione» è assunto che trova ampi riscontri nella dottrina e nella stessa giurisprudenza costituzionale (cui si deve la frase tra virgolette: sent. n. 15 del 1996). Ciò si spiega anche per una ragione sostanziale, costituita dall'aderenza quasi completa dei principi che hanno ispirato le costituzioni democratiche degli Stati contemporanei e le convenzioni o dichiarazioni internazionali del secondo dopoguerra. Un punto di convergenza che, nel dopo Auschwitz, non poteva che essere rappresentato, *in primis*, dall'affermazione del principio supremo di dignità.

Il dato di partenza appena enunciato ha senz'altro condizionato il percorso della giurisprudenza costituzionale, la quale ha avuto una significativa evoluzione nella progressiva direzione di una apertura al diritto internazionale pattizio che ha coinvolto anche l'interpretazione costituzionale. Basti pensare al diverso atteggiamento tenuto con riguardo alla 'problematica dei tempi processuali'. Nel 1985 (sent. n. 202 del 1985) la nostra Corte affermava che tale problematica è recepita all'interno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quale aspetto del 'giusto processo', ma «non trova eco nella nostra Carta costituzionale»; qualche anno dopo, nella sent. n. 388 del 22 ottobre 1999, sarà sempre la Corte a ricavare direttamente dall'art. 24 Cost. il principio della ragionevole durata del processo, all'esito di un'argomentazione che si fonda sull'integrazione delle diverse formule contenute nei cataloghi dei diritti, le quali si completano reciprocamente nell'interpretazione. Un esito al quale si giunge (pochi giorni) prima della entrata in vigore della riforma dell'art. 111 Cost. compiuta in tal senso con la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. Sappiamo bene quanto quella riforma sia stata ispirata proprio dall'art. 6, par. 1, CEDU e dalla giurisprudenza europea che su di esso si era formata. Ma già prima della riforma costituzionale a quell'esito si stava arrivando o si era arrivati per effetto di un'interpretazione dei disposti costituzionali alla luce appunto della CEDU.

Non si tratta di un orientamento isolato nella nostra giurisprudenza, tant'è vero che, in un saggio scritto prima della riforma del Titolo V, avevo individuato una serie di pronunce dalle quali si poteva trarre un significativo riconoscimento della 'funzione ermeneutica' delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> M. RUOTOLO, *La «funzione ermeneutica» delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in «Diritto e Società», 2000, p. 291 ss. Nel citato lavoro ho cercato di sviluppare un'intuizione di F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, Torino 1995, p. 89.

### *3. CEDU e interpretazione costituzionale, dopo la riforma del Titolo V*

Questa tendenza potrebbe ritenersi rafforzata, o almeno non indebolita, per effetto della esplicita previsione, ora contenuta nell'art. 117, comma 1, Cost., del rispetto dei vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» nell'esercizio della potestà legislativa statale e regionale. Probabilmente, però, non è così, in quanto l'espressa previsione del limite può ora rendere del tutto autonoma la valutazione di conformità a diritto internazionale pattizio, in quanto vizio da far valere specificamente in sede di proposizione della questione di legittimità costituzionale. La questione, vista dal punto di vista della Corte costituzionale, potrebbe riassumersi nella seguente domanda: perché interpretare il parametro costituzionale alla luce della CEDU, se la presunta violazione di quest'ultima può essere fatta valere nella forma del mancato rispetto degli 'obblighi internazionali'?

Torniamo alla questione che la Corte ha deciso con la sent. n. 388 del 1999 e ipotizziamo che l'art. 111 Cost. non abbia sancito espressamente il principio della ragionevole durata del processo. Se la questione fosse oggi riproposta con esclusivo riferimento all'art. 24 Cost., siamo certi che quel parametro sarebbe ritenuto conferente? Sarebbe possibile quel completamento reciproco tra Costituzione e CEDU, compiuto mediante l'interpretazione, che prima della riforma del Titolo V (e dell'art. 111 Cost.) aveva consentito di ricavare dall'art. 24 Cost. il principio della durata ragionevole del processo? Probabilmente no, richiedendosi all'ipotetico giudice remittente di far valere la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., per essere la disciplina italiana in contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU.

Da questo punto di vista, il riferimento costituzionale agli obblighi internazionali può costituire un ostacolo ad un'interpretazione delle disposizioni costituzionali aperta agli stimoli che provengono dalla CEDU e dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Quella che era e potrebbe ancora essere un'integrazione assai feconda tra disposizioni costituzionali e CEDU da realizzare mediante l'interpretazione, finirebbe per essere un'integrazione tra testi, andando, di fatto, il diritto internazionale pattizio ad ampliare i disposti costituzionali, a condizione, ovviamente, che non contrasti con essi. Quest'ultima evenienza, sempre nei limiti della compatibilità, dovrebbe senz'altro realizzarsi rispetto a soluzioni normative presenti nel diritto internazionale pattizio e non ricavabili dal testo costituzionale, nemmeno in via di interpretazione estensiva (o evolutiva). Mi chiedo, però, se altrettanto possa dirsi o debba auspicarsi allorché l'integrazione sia realizzabile mediante un'interpretazione dei disposti costituzionali che sia appunto conforme al

diritto convenzionale, come accadeva prima della riforma del Titolo V.

La Corte costituzionale non ha assunto un orientamento preciso, ancorché il valore interpretativo della CEDU sia stato talora comunque ribadito anche con riguardo ai parametri costituzionali, ad esempio nella sent. n. 231 del 2004, in materia di riparazione per ingiusta detenzione, ove non era stato evocato come parametro l'art. 117, comma 1, Cost. (i parametri erano: artt. 2, 3, 13 e 24, comma 4, Cost.), e soprattutto nella sent. n. 349 del 2007, ove si afferma che «in linea generale, è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU sia in relazione ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sent. n. 505 del 1995; ord. n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le «indicazioni normative, anche di natura sovranazionale» (e in quest'ultimo caso il richiamo è proprio alla sent. n. 231 del 2004).

Utile per capire quale sembra l'orientamento della Corte costituzionale può essere il riferimento alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non annovera tra i motivi di revisione del processo il sopravvenire di una sentenza della Corte di Strasburgo che accerti la non equità del processo ai sensi dell'art. 6 CEDU. La questione, proposta una prima volta con riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., fu ritenuta infondata, sia pure con monito ad intervenire rivolto al legislatore, precisandosi che il rigetto doveva intendersi «con specifico riferimento ai parametri di costituzionalità che sono stati richiamati» (sent. 129 del 2008). Quasi un invito a ripresentare la questione, ove il legislatore non fosse intervenuto, in riferimento a parametri «conferenti», ossia all'art. 117, comma 1, Cost., «integrato» dall'art. 46 CEDU («Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze», il cui par. 1 prevede che «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti»). Ed è proprio quanto è accaduto qualche anno dopo, attraverso la proposizione di nuova questione di legittimità costituzionale, sollevata appunto in riferimento all'art. 117, comma 1. Cost., ed accolta con dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 630 c.p.p. «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo» (sent. n. 113 del 2011). Un'additiva che così finisce per trovare la sua 'rima obbligata' non già nella Costituzione ma, di fatto, nella Convenzione europea. Un'additiva che, evidentemente, non poteva, secondo la Corte costituzionale, trovare fondamento 'diretto' nei disposti costituzionali, nemmeno in quel principio di rieducazione del condannato

cui pure il primo giudice remittente aveva fatto riferimento adducendo che esso «ha un senso solo se si parte dal presupposto che tali pene siano inflitte a seguito di un processo giusto»<sup>10</sup>.

#### 4. Incursus: sull'interpretazione dell'art. 27, comma 3, Cost., alla luce dell'art. 3 CEDU

Proprio sull'art. 27, comma 3, Cost. e sulle sue possibili letture alla luce della CEDU (in particolare dell'art. 3), per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, intendo ora soffermare l'attenzione. Specie con riferimento alla condizione dei detenuti, la giurisprudenza europea ha dato significativa concretezza al divieto di trattamenti inumani e degradanti, utilizzando anche, in chiave interpretativa, le Regole penitenziarie europee approvate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (la cui ultima versione è del 2006) e i rapporti del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT) sugli standard minimi che devono essere assicurati nei luoghi di detenzione, con specifico riguardo, secondo quanto sancito dall'art. 18

<sup>10</sup> Diversamente, la Corte ha dichiarato non fondata la questione, sollevata in riferimento agli artt. 3, 13, 25 secondo comma, 27 terzo comma, e 117 primo comma, Cost., dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna, anche il 'mutamento giurisprudenziale' determinato dalle Sezioni Unite della Cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge come reato (sent. n. 230 del 2012). L'art. 117, primo comma, era nella specie «integrato» dagli artt. 5, 6 e 7 CEDU. Ritenuti inconfidenti gli artt. 5 e 6, la Corte costituzionale si è soffermata sulla portata dell'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte EDU, a partire dalla sentenza della Grande Camera 17 settembre 2009 (caso *Scoppola c. Italia*), nella quale si è affermato che al principio di legalità dei delitti e delle pene deve ricondursi pure il principio di retroattività della legge penale più mite. Nonostante la nozione di 'diritto' (*law*) utilizzata nella CEDU sia idonea a comprendere anche il diritto di produzione giurisprudenziale, la Corte di Strasburgo non ha mai affermato che in base all'art. 7 CEDU un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione di sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti con il nuovo indirizzo. La Corte costituzionale precisa altresì che il principio della *lex mitior* non ha carattere assoluto e che la stessa giurisprudenza europea non ha inequivocabilmente escluso la possibilità di deroghe in presenza di particolari situazioni. La garanzia convenzionale del principio di legalità risulta in ogni caso meno comprensiva di quella riconosciuta dalla Costituzione, rimanendo estraneo al principio convenzionale di legalità penale il «principio – di centrale rilevanza nell'assetto interno – della riserva di legge», il quale «demanda il potere di normazione in materia penale [...] all'istituzione che costituisce massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale».

delle predette regole, al rispetto della dignità umana e, per quanto possibile, della vita privata, nonché alle condizioni igienico sanitarie, tenuto conto delle condizioni climatiche, in particolare per quanto riguarda la superficie, la cubatura d'aria, l'illuminazione, il riscaldamento e l'aerazione. Molteplici sono state le condanne nei confronti di diversi Stati membri per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti, specialmente rilevati nelle situazioni di sovraffollamento. Condanne che hanno riguardato pure l'Italia nei noti casi *Sulejmanovic* (16 luglio 2009, n. 22635/03), *Cara Damiani* (7 febbraio 2012, n. 2447/05), *Scoppola* n. 4 (17 luglio 2012, n. 65050/09) e, più di recente, *Torreggiani et. al.* (8 gennaio 2013, n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/1045317/09). Le indicazioni che emergono da questa giurisprudenza sono chiare e concordanti, nel senso che in carcere deve essere assicurato il rispetto della persona e che l'umanità del trattamento può derivare non solo dall'inadeguato spazio vitale assicurato al detenuto nelle celle collettive, che comunque non può certo essere inferiore a tre metri quadrati (*Kantjrev v. Russia*, n. 37213/02, 21 giugno 2007; *Andreï Frolov v. Russia*, n. 205/02, 29 marzo 2007; *Kadikis v. Latvia*, n. 62393/00, 4 maggio 2006; *Sulejmanovic v. Italy*, n. 22635/03, 16 luglio 2009), ma anche dalla impossibilità di utilizzare i servizi igienici in modo riservato, dalla scarsa aerazione disponibile, dall'inadeguato accesso alla luce e all'aria naturali, dalla inadeguata qualità del riscaldamento e dal mancato rispetto delle esigenze sanitarie di base, condizioni che hanno determinato plurime condanne nei confronti della Russia (ad es. *Moisseiev v. Russia*, n. 62936/00, 9 ottobre 2008; *Vlassov v. Russia*, n. 78146/01, 12 giugno 2008; *Babouchkine v. Russia*, n. 67253/01, 18 ottobre 2007).

Da ultimo, con la sentenza *Torreggiani*, l'Italia è stata invitata a dotarsi entro un anno di un sistema efficace di ricorsi interni volto a garantire sia rimedi compensativi sia, soprattutto, rimedi preventivi contro le violazioni dell'art. 3 CEDU, rilevandosi, nella forma della sentenza pilota, un malfunzionamento sistemico che colpisce la tutela del diritto convenzionale. La Corte sottolinea il carattere strutturale e sistemico del sovraffollamento carcerario in Italia, ritenendo insufficienti gli sforzi finora compiuti dallo Stato italiano per contenere il fenomeno ed esortandolo ad agire in modo da ridurre il numero di persone incarcerate, in particolare attraverso una maggiore applicazione di misure punitive non privative della libertà e una riduzione al minimo del ricorso alla custodia cautelare in carcere. Quanto ai rimedi, la Corte ritiene che non bastino quelli di natura «compensativa», poiché, quando un ricorrente sia detenuto in condizioni contrarie all'art. 3 CEDU, la migliore riparazione possibile è la rapida cessazione

della violazione del diritto a non subire trattamenti inumani e degradanti. La Corte conclude che «le autorità nazionali devono creare senza indugio un ricorso o una combinazione di ricorsi che abbiano effetti preventivi e compensativi e garantiscano realmente una riparazione effettiva delle violazioni della Convenzione risultanti dal sovraffollamento carcerario in Italia. Tale o tali ricorsi dovranno essere conformi ai principi della Convenzione, come richiamati in particolare nella presente sentenza, ed essere posti in essere nel termine di un anno dalla data in cui questa sarà divenuta definitiva».

Come possono incidere queste significative affermazioni sull'interpretazione dell'art. 27 Cost., a norma del quale le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità? Non è forse possibile ricavare da questa disposizione costituzionale un diritto del detenuto ad un'esecuzione di una pena non disumana? A mio giudizio sì, essendo questo diritto, già desumibile dalla Costituzione italiana, «rafforzato» dalla previsione dell'art. 3 CEDU e dalla giurisprudenza europea che si è formata a partire da esso. «Rafforzato» nel senso che la predisposizione di strumenti adeguati di tutela per questo diritto è anche da riguardare come «obbligo internazionale» che lo Stato italiano è tenuto ad osservare ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Quali implicazioni ha questa considerazione in una situazione di sovraffollamento? Se la pena, per essere conforme a Costituzione, non può consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, allora non può essere eseguita in assenza di condizioni adeguate perché il rispetto della persona sia garantito. Se lo Stato non è in grado di risolvere il problema del sovraffollamento, con provvedimenti clemenziali, con la riduzione della carcerazione preventiva, con un più ampio ricorso a pene non detentive, con la costruzione di nuovi edifici e l'ampliamento di quelli esistenti, allora deve considerare la strada del differimento dell'esecuzione della pena quale via costituzionalmente (e convenzionalmente) obbligata per assicurarne la legalità costituzionale. Se è vero che la dignità non è valore suscettibile di bilanciamento<sup>11</sup>, allora le esigenze di difesa sociale non possono essere

<sup>11</sup> Si veda, in tal senso, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, tenutosi a Roma il 1° ottobre 2007, in <<http://archivio.rivistaic.it/dottrina/libertadiritti/silvestri.html>> (ultimo accesso 19.04.2014), par. 2, secondo il quale «la dignità possiede [...] un plusvalore, in quanto è il cuore del principio personalista, che, assieme a quello egualitario, sorregge il grande edificio del costituzionalismo contemporaneo»; come tale «si innalza a criterio di bilanciamento di valori, senza che essa stessa sia suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto

ragioni sufficienti per giustificarne la lesione. Peraltro le predette esigenze, che pure sono costituzionalmente considerate, non sarebbero comunque del tutto pregiudicate ove nella decisione sul differimento dell'esecuzione della pena sia data la possibilità di tenere conto delle diverse posizioni dei detenuti, valutando il tipo di reato (ad es. escludendo il differimento per i delitti contro la persona) o la pericolosità del soggetto. In quest'ultima direzione si muove una recente questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia (ord. n. 179 del 13 febbraio 2013), con la quale si chiede alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 147 c.p. «nella parte in cui non prevede, oltre ai casi ivi espressamente contemplati, l'ipotesi di rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando essa debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità», per violazione degli artt. 27, comma 3, 117, comma 1 (con indiretto riferimento all'art. 3 CEDU), 2 e 3 Cost. Il rimettente considera ampiamente gli orientamenti della Corte di Strasburgo, richiedendo alla Corte costituzionale una pronuncia additiva che consenta ai giudici di valutare caso per caso, tenuto conto della pericolosità del soggetto, se sussistano le condizioni per rinviare l'esecuzione della pena carceraria al fine di evitare che questa sia scontata in condizioni inumane<sup>12</sup>. In sostanza, allo stato, si tratterebbe di consentire l'applicazione della c.d. detenzione domiciliare in surroga prevista dall'art. 47 dell'ordinamento penitenziario.

La soluzione proposta dal Tribunale di sorveglianza di Venezia si pone peraltro in linea con indicazioni emergenti dalla giurisprudenza straniera, specie americana e tedesca. La Corte suprema degli Stati Uniti, con la decisione *Brown v. Plata* del 23 maggio 2011, ha infatti confermato l'ordine emesso il 5 agosto 2009 da un collegio di tre giudici federali che aveva imposto al Governo della California il rilascio di 43.000 detenuti al fine di far fronte all'endemico problema del sovraffollamento carcerario, causa di violazione dei diritti costituzionalmente garantiti dei detenuti (*in primis* del diritto alla salute). La Corte americana ha valutato positivamente la soluzione del rinvio dell'esecuzione della pena, sulla base dell'assunto per cui «un istituto di detenzione che privi i detenuti del minimo supporto, tra cui un livello minimo di trattamento sanitario, è incompatibile con il concetto basilare di dignità umana e non può trovare accoglimento in una

---

di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima». In tema, con specifico riferimento alla problematiche penitenziarie, sia consentito il rinvio a M. RUOTOLO, *Dignità e carcere*, Jovene, Napoli 2011, e, in prospettiva più ampia, ID., *Sicurezza, dignità e lotta alla povertà*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, p. 121 ss.

<sup>12</sup> Analoga questione è stata poi sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Milano con ord. del 12 marzo 2013, n. 928.

società civilizzata». Analogamente, il Tribunale costituzionale tedesco, in un passaggio di una sua ordinanza del 22 febbraio 2011 (1 BvR 409/11), riguardante la questione del diniego del sussidio per le spese processuali richiesto da un ex detenuto che intendeva agire per il risarcimento dei danni conseguenti a reclusione in condizioni contrarie alla dignità umana, ha affermato che non è da escludere che si debba giungere alla liberazione del detenuto quando, per motivi di sovraffollamento, non sia possibile assicurare una sistemazione umanamente dignitosa. Il Tribunale costituzionale non esclude che i soggetti detenuti in condizioni incompatibili con la dignità umana possano richiedere «l'interruzione oppure il rinvio della pena», potendosi configurare, sia pure come *extrema ratio*, un dovere dello Stato di rinunciare in tali casi all'esecuzione della condanna. Si potrebbe considerare questo come un vero e proprio monito, quasi il preannuncio di una decisione futura, in assenza di significative variazioni della situazione di sovraffollamento, considerando che quell'affermazione costituisce un'argomentazione incidentale non necessaria ai fini della risoluzione della specifica questione sottoposta al Tribunale costituzionale.

La questione sollevata dal Tribunale di sorveglianza di Venezia mi pare, insomma, molto seria e degna della massima attenzione, anche sotto il profilo dello studio della possibile incidenza della CEDU sull'interpretazione dei disposti costituzionali. Uno degli scogli che sarà necessario superare per avere una pronuncia nel merito è quello della configurabilità o meno dell'addizione richiesta come «rima obbligata» ossia come soluzione necessitata da previsioni costituzionali. È noto, infatti, che la Corte costituzionale rifiuta di colmare lacune pure incostituzionali quando l'integrazione del disposto implichi una scelta discrezionale, come tale riservata al legislatore. Nella specie si potrebbe arrivare a ritenere che l'art. 27 Cost. in quanto implicante il predetto diritto del detenuto ad un'esecuzione di una pena non disumana imponga l'addizione richiesta, la quale peraltro – ripeto – non impone una indiscriminata liberazione dei soggetti condannati, essendo il rinvio facoltativo della pena di cui all'art. 147 c.p. rimesso comunque alla valutazione del giudice. Se la Corte costituzionale si orientasse in questa direzione, auspicherei che lo faccia utilizzando il primo parametro evocato dal rimettente, ossia l'art. 27, comma 3, Cost., letto anche alla luce del «corrispondente», sia pur «non coincidente», disposto dell'art. 3 CEDU, per come interpretato dalla Corte di Strasburgo. Diversamente dalla questione prima richiamata relativa all'art. 630 c.p.p. (sent. n. 113 del 2011: revisione della sentenza per conformarsi a pronuncia definitiva della Corte EDU), la «rima obbligata» sembra qui poter avere fondamento diretto nell'art. 27, comma 3, Cost., senza necessità di ricorrere, per il tramite dell'art. 117, comma 1, alla 'stampella' convenzionale dell'art. 3.

*5. Il limite del rispetto degli obblighi internazionali come parametro 'residuale'. Primato della Costituzione e 'integrazione' con la CEDU per il tramite dell'interpretazione*

Perché, ove la Corte ritenga di accogliere la questione, è preferibile il ricorso all'art. 27, comma 3, in luogo di quello all'art. 117, comma 1, Cost.? Proverò ad esporre il mio punto di vista, astraendo, d'ora in poi, dalla specifica questione appena illustrata.

A mio giudizio, l'art. 117, comma 1, Cost. dovrebbe essere evocato e comunque essere «autonomamente» preso in considerazione dalla Corte costituzionale, soltanto quando la violazione addotta non sia specificamente riferibile ad altro parametro costituzionale, sia pure interpretato evolutivamente o estensivamente alla luce degli «obblighi internazionali» assunti dallo Stato. Ciò non vuol dire che la Corte non debba prendere in considerazione quanto sancito nella normativa internazionale pattizia, potendo anzi questa essere richiamata a sostegno di una certa interpretazione del parametro anche quando non evocata dal remittente (o, nel caso del giudizio in via principale, dal ricorrente), come d'altra parte accadeva prima della riforma del Titolo V e come talora avvenuto anche dopo la riforma (da ultimo ord. n. 286 e sent. n. 301 del 2012)<sup>13</sup>.

Il limite di cui all'art. 117, comma 1, Cost. dovrebbe, insomma, intendersi come «residuale», concretamente evocabile o comunque utilizzabile quale autonoma ragione della dichiarazione di incostituzionalità, solo ove il vincolo da esso discendente non sia ricavabile da altro disposto costituzionale e sempre che il suo rispetto non sia «causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno», ma, viceversa, costituisca «strumento efficace di ampliamento della tutela stessa» (vedi Corte cost., sentt. nn. 317 del 2009 e 264 del 2012). Entro questi limiti e nello spirito di una «integrazione delle tutele» che tenga conto delle esigenze sistemiche, ben può aprirsi quel confronto prefigurato dalla nostra Corte «tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale

<sup>13</sup> Nell'ord. n. 286 del 2012, la Corte, con riferimento a norma CEDU non invocata dal giudice *a quo* come parametro «interposto», ha affermato che «nel caso in esame, il riferimento all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali risulta comunque finalizzato, come si desume anche dal dispositivo, non già a prospettare un'autonoma censura di illegittimità costituzionale, ma solo a 'rafforzare' quella formulata con riguardo all'art. 111 Cost.». Analogamente, nella sent. n. 301 del 2012, la Corte ha richiamato a fini ermeneutici gli artt. 8 e 12 CEDU, per come interpretati dalla Corte di Strasburgo, a fronte di questione riguardante l'art. 18 dell'ordinamento penitenziario (in materia di diritto all'affettività dei detenuti) prospettata dal rimettente in riferimento soltanto a parametri interni.

dei diritti fondamentali», effettuato «mirando alla massima espansione delle garanzie» (vedi, da ultimo, sent. n. 264 del 2012), «anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetti i medesimi diritti» (sent. n. 317 del 2009). È proprio rispetto agli interessi che non trovino immediata protezione nei disposti costituzionali<sup>14</sup>, sia pure interpretati evolutivamente o estensivamente, che si pone, d'altra parte, il problema del bilanciamento, del potenziale conflitto con le norme che garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela<sup>15</sup>. Di ciò la nostra Corte è ampiamente consapevole, ritenendo che il «margine di apprezzamento» debba essere sempre presente nella sue valutazioni, non sfuggendo che «la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro» (sent. n. 264 del 2012)<sup>16</sup>.

Non credo che quanto qui auspicato sia contrario a quell'esigenza di apertura del tessuto costituzionale agli apporti sovranazionali che d'altra parte era già stata manifestata dai Costituenti con gli artt. 10 e 11. Piuttosto la prospettiva proposta mira a valorizzare la portata di quegli apporti per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il

<sup>14</sup> In argomento, prima della riforma del Titolo V, cfr. A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni Costituzionali», 2001, p. 35 ss., il quale mette in rilievo come i diritti siano «più e meglio tutelati nell'ordinamento costituzionale italiano, ad eccezione di poche parti in cui invece la Convenzione si mostrerebbe più garantista della stessa Legge Fondamentale (e, sempre che con questa fosse compatibile, allora essa potrebbe applicarsi anche ai cittadini)». In questa prospettiva, non sarebbe necessario ricorrere alla fonte «esterna» per tutti quei casi in cui i diritti siano meglio tutelati dalla Costituzione.

<sup>15</sup> Compete alle autorità nazionali «evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali [...] si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea» (Corte cost., sent. n. 317 del 2009).

<sup>16</sup> In dottrina, per la considerazione relativa all'esigenza che il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali sia effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, cfr., soprattutto, i seguenti lavori di G. SILVESTRI: *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella giustizia costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, p. 16 ss.; *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale: l'efficacia della CEDU nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Quaderno n. 20, Seminario 2009*, Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, Giappichelli Editore, Torino 2010, p. 63 ss.; *Fonti interne, fonti esterne e tutela integrata dei diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Franco Modugno*, vol. IV, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 3405 ss. Secondo P. CARETTI, *I diritti e le garanzie*, p. 4 della traccia provvisoria della relazione al Convegno AIC su «Costituzionalismo e globalizzazione» svoltosi a Salerno il 23 e 24 novembre 2012, in <[www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)> (ultimo accesso 14.07.2014) la conseguenza di tale impostazione, fatta propria dalla Corte costituzionale, «è che oggi i due sistemi di tutela, quello nazionale e quello disciplinato dalla CEDU, risultano compiutamente integrati».

primato di queste ultime<sup>17</sup>. Un primato che la nostra Corte costituzionale ha ben difeso escludendo che il rispetto degli obblighi internazionali legittimi una disapplicazione delle norme interne con essi contrastanti da parte dei giudici comuni e che potrebbe ancor meglio presidiare contribuendo a rendere «residuale», nei sensi di cui sopra, il parametro di cui all'art. 117, comma 1, Cost. Almeno fino a quando non sarà data esecuzione all'art. 6, par. 2, TUE che fornisce, come è noto, la base legale per l'adesione dell'Unione alla CEDU<sup>18</sup>, e sempre che da questo eventuale passaggio debba discendere necessariamente, come molti sostengono, il potere di ciascun giudice di disapplicare le norme interne che contrastino con la Convenzione europea<sup>19</sup>.

### Postilla

Con specifico riferimento alla richiamata questione di legittimità costituzionale sollevata dai Tribunali di sorveglianza di Venezia e Milano, occorre

<sup>17</sup> Questo è l'indirizzo seguito nella giurisprudenza costituzionale tedesca, laddove, tuttavia, la Legge Fondamentale non prefigura un preciso vincolo costituzionale di osservare gli obblighi derivanti dal diritto internazionale pattizio. Sul punto, anche per un parallelo con la giurisprudenza costituzionale italiana, cfr. il bel saggio di V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della Völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in <[http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/2\\_2013\\_Baldini.pdf](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/sites/default/files/rivista/articoli/allegati/2_2013_Baldini.pdf)> (ultimo accesso 19.04.2014), 5 aprile 2013, nel quale si sottolinea – anche con specifico riferimento al noto *Fall-Görgülü* – come nel sistema tedesco «le norme convenzionali operano unicamente quale strumento di ausilio interpretativo (*Auslegungshilfe*) per la esatta determinazione di contenuti e portata di diritti fondamentali di principi fondamentali dello stato di diritto recati dal *Grundgesetz*, nella misura in cui ciò non comporti comunque «una limitazione o un ridimensionamento della tutela dei diritti fondamentali secondo la Costituzione» (p. 5).

<sup>18</sup> Inizialmente la giurisprudenza comune aveva letto l'art. 6 TUE come implicante l'immediata «comunitarizzazione» della CEDU, con conseguente disapplicazione delle norme interne contrastanti con quest'ultima. La Corte costituzionale ha escluso la diretta applicabilità delle norme convenzionali alla stregua di quelle comunitarie con le richiamate sentenze «gemelle», ribadendo questo orientamento, con particolare nettezza, anche nella più recente sent. n. 80 del 2011. L'indirizzo è ormai seguito dalla prevalente giurisprudenza; cfr., ad es., Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2011, n. 4723, Cons. Stato, sez. VI, 28 febbraio 2012, n. 1162, Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2012, n. 1957, Cass., sez. un. pen., ord. 10 settembre 2012, n. 34472.

<sup>19</sup> Come ha affermato la Corte costituzionale ogni eventuale effetto di tale adesione, quando avverrà, «dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata» (sent. n. 80 del 2011).

dare conto del fatto che la Corte costituzionale ha di recente ritenuto la stessa inammissibile (sent. n. 279 del 2013), in ragione della «pluralità di soluzioni normative» che potrebbero essere adottate per «apprestare una tutela per la persona che si trovi a subire un trattamento penale non conforme ai principi fissati dall'art. 27, terzo comma, Cost.». Appare comunque significativo – ai nostri fini – che la Corte abbia ricavato la predetta esigenza di tutela dall'art. 27, comma 3, Cost. letto alla luce dell'art. 3 CEDU (e non già direttamente da quest'ultimo, per il tramite dell'art. 117, comma 1, Cost.), invitando il legislatore ad intervenire sollecitamente in quanto «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia».

*The impact of the Convention on Human Rights (ECHR) on the  
case-law of the Constitutional Court.  
The role of Art. 27.3 of the Italian Constitution.*

The contribution addresses the impact of the Convention on Human Rights (ECHR) on the case-law of the Italian Constitutional Court, with particular reference to the possible readings of art. 27, par. 3, of the Italian Constitution. In the opinion of the a., the limit of «compliance with international obligations» should be referred to by the Constitutional Court as a «residual» parameter, whereas a pre-eminent role should be given if possible, to an extensive interpretation of the constitutional provisions, in the light of the need to comply with international conventions. According to the perspective suggested by the a., the aims set by the international rules should be primarily achieved through the interpretation of the Constitution, in a positive interplay between Charters of rights and national Constitutions, without challenging the primacy of the latter.

Elettra Ferri\*

## *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali*

L'analisi dell'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali mostra una divergenza tra l'inclinazione 'costituzionale' della Corte europea e il rango 'sub-costituzionale' attribuito alla CEDU a livello interno. In mancanza di norme nazionali che assicurino alle sentenze della Corte EDU un'autonoma vincolatività, queste, prive di effetti 'diretti', costituiscono un mero criterio interpretativo che i giudici nazionali sono tenuti a seguire nell'applicazione del diritto interno. In quegli ordinamenti in cui la CEDU ha effetti 'diretti', invece, il meccanismo della disapplicazione del diritto nazionale incompatibile da parte dei giudici stimola il dialogo tra le corti, e le sentenze della Corte EDU raggiungono effetti sorprendenti. La riapertura dei giudicati a seguito di condanna della Corte EDU, ad esempio, è effetto dovuto al virtuoso attivismo dei giudici nazionali. La reciproca integrazione che intercorre tra carte costituzionali nazionali e CEDU andrà accentuandosi a seguito dell'adesione dell'Unione Europea alla CEDU, e le autorità nazionali dovranno prepararsi alla nuova protezione 'triangolare' dei diritti umani tra Corte di Lussemburgo, Corte EDU e corti nazionali.

### *1. Introduzione*

Le Corti Costituzionali per lungo tempo non hanno ritenuto di doversi conformare alla giurisprudenza della Corte EDU nella soluzione dei casi loro sottoposti, in nome della supremazia del sistema giuridico nazionale<sup>1</sup>.

---

\* Elettra Ferri collabora, in qualità di *tutor*, alla cattedra di Diritto internazionale privato della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre. Ha conseguito la laurea *cum laude* nell'ottobre 2013, con una tesi su *L'efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo negli ordinamenti nazionali*. Svolge attività di pratica forense ed è tirocinante presso il Tribunale di Roma, VIII Sezione Penale.

<sup>1</sup> *Conference of European Constitutional Courts, Reports of the XVIth Congress Brussels*, 3 2012, in <<http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-kongress/en/praesidenten-runde-2012.html>> (ultimo accesso 11.05.2014).

Sembra che questo atteggiamento sia ormai superato, e che sia subentrato un orientamento favorevole alla accettazione da parte delle supreme corti del ruolo decisivo della Corte EDU nell'interpretazione delle norme CEDU<sup>2</sup>; rimangono tuttavia aperti alcuni problemi che dipendono dalle difficoltà di adeguamento e dalle resistenze esercitate dalle rispettive autorità nazionali<sup>3</sup>. *Argentoratium locutum, iudicium finitum*<sup>4</sup>? Assolutamente no.

È vero, tuttavia, che la Corte EDU rappresenta l'organo cui è demandata principalmente la funzione di interpretazione delle norme contenute nella CEDU. Bisogna anche considerare che la Corte di Strasburgo è l'istanza cui è affidata la garanzia del funzionamento dell'intero sistema creato con la CEDU, sistema che non ha istituito un meccanismo autonomo per la produzione di norme derivate. In tal senso presenta caratteristiche diverse da quello dell'UE, dove la Corte di giustizia è affiancata da istituzioni con competenze normative.

Sebbene in materia di rapporti con la CEDU ogni ordinamento presenti le proprie peculiarità<sup>5</sup>, un dato può dirsi comune ai quarantasette Paesi membri del Consiglio d'Europa<sup>6</sup>: il mancato riconoscimento di effetto diretto delle sentenze dalla Corte EDU<sup>7</sup>. In mancanza di effetti precettivi immediati, l'intermediazione delle autorità nazionali è sempre necessaria e il principio giuridico contenuto nella decisione della Corte di Strasburgo rimane costretto (tranne nel caso eccezionalissimo, come si vedrà, di riapertura dei procedimenti interni) nei limiti del rango che l'ordinamento interno ha assegnato alla CEDU. Contrariamente all'Unione europea (UE), la cui prevalenza sul diritto interno incompatibile è

<sup>2</sup> A oggi, la Corte europea dei diritti dell'uomo conta ottocento milioni di possibili ricorrenti, quarantasette Stati aderenti e più di mille giudicati ogni anno (dati reperibili presso il sito della Corte europea dei diritti dell'uomo, in «Overview 1959-2013», p. 4).

<sup>3</sup> P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano 2004, p. 80.

<sup>4</sup> B. HALE, *Argentoratium Locutum: Is Strasbourg or the Supreme Court Supreme?* in «Human Rights Law Review», 2012, pp. 65-78. *Argentoratium* era il nome latino della città di Strasburgo.

<sup>5</sup> Il 50 per cento dei ricorsi presentati nel 2012 provenivano da soli quattro Paesi membri (circa 22 per cento dalla Russia, 13 per cento dalla Turchia, 11 per cento dall'Italia, e 8 per cento dall'Ucraina, dati reperibili sul sito della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *The ECHR in Facts & Figures*, 2012).

<sup>6</sup> Eccezionale, a questo proposito, è l'ordinamento maltese, la cui legge n. XIV del 1987 sull'applicazione della CEDU, al par. 6, dispone che qualsiasi sentenza della Corte «può essere messa in esecuzione forzata dalla Corte costituzionale di Malta, allo stesso titolo delle sentenze pronunciate da questa Corte e da essa eseguibili [...]».

<sup>7</sup> PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 82.

stata affermata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e riconosciuta a livello nazionale<sup>8</sup>, per quanto riguarda la CEDU, le modalità con le quali le sue norme si coordinano con leggi nazionali ordinarie e costituzionali e si impongono anche sulle eventuali disposizioni contrastanti di origine interna dipende dal modello di 'rezezione' adottato da ciascuno Stato membro<sup>9</sup>. Ciò dipende anche dall'assenza di un meccanismo con funzioni normative all'interno del Consiglio d'Europa o in grado di imporre sanzioni agli Stati, alla stregua di quanto si verifica invece nel contesto dell'UE, mentre la garanzia della osservanza delle norme CEDU è soprattutto di tipo giurisdizionale.

Nell'analisi che segue si cercherà di evidenziare in estrema sintesi il diverso orientamento della giurisprudenza sotto il profilo della efficacia delle sentenze della Corte EDU con riferimento ad alcuni Stati europei, esaminando il fenomeno in quegli ordinamenti giuridici che seguono prevalentemente l'impostazione dualista dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale, ed anche nell'ordinamento inglese che presenta talune peculiarità. L'analisi muove dal presupposto fondamentale che negare efficacia diretta alle sentenze della Corte EDU significa frustrare l'efficacia dell'intero sistema CEDU: se si esclude che i giudici nazionali possano procedere senz'altro all'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo, non viene garantita alla CEDU l'uniformità della sua applicazione, vanificando quella reciproca integrazione che dovrebbe intercorrere tra Costituzioni nazionali e CEDU<sup>10</sup>. È quanto avviene in molti degli ordinamenti a forte tradizione costituzionale, in cui le autorità nazionali hanno preferito ancorarsi al rigido formalismo delle fonti, piuttosto che adattarsi alla loro dimensione dinamica e funzionale<sup>11</sup>. In tal modo, alle sentenze della Corte EDU vengono riconosciuti solo effetti orizzontali 'indiretti', consistenti nella enunciazione di criteri interpretativi che i giudici nazionali sono tenuti a seguire nell'applicazione delle norme applicabili<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), *Simmenthal*, C-106/77, 9 marzo 1978.

<sup>9</sup> In materia di recepimento degli obblighi internazionali, esistono due grandi modelli: quello 'monista', secondo il quale il diritto internazionale e i diritti nazionali degli Stati debbano essere riportati a un unico sistema di norme, e il 'dualista' che considera il diritto interno ed il diritto internazionale due ordinamenti giuridici autonomi e distinti.

<sup>10</sup> Il sistema di Strasburgo ha come pilastri il principio di sussidiarietà ex art. 35 CEDU e il principio del margine d'apprezzamento nazionale (inserito, a seguito della Conferenza di *Brighton*, nel preambolo della CEDU).

<sup>11</sup> M. RAMAJOLI, *Il giudice nazionale e la CEDU: disapplicazione diffusa o dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna contrastante con la Convenzione*, in «Diritto processuale amministrativo», 2012, p. 825.

<sup>12</sup> V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, ISEG, Perugia 2010, p. 37.

## 2. Gli effetti 'indiretti' delle sentenze della Corte EDU in Italia e Germania

Nell'ordinamento italiano, i diritti fondamentali contenuti nella CEDU non sono stati riconosciuti quale «materia in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile [...] una cessione di sovranità»<sup>13</sup> da parte degli Stati nazionali; di conseguenza, la CEDU ha rango di norma 'interposta'<sup>14</sup> tra legge ordinaria e costituzionale e pur potendo 'resistere' all'abrogazione da parte di una norma successiva con essa contrastante, rimane comunque assoggettabile al controllo di conformità ai principi costituzionali interni. Il giudice italiano, che non riuscisse a risolvere in via interpretativa il contrasto tra CEDU e una legge ordinaria a essa successiva, ha l'obbligo di sospendere il giudizio e rimettere la questione alla Corte costituzionale<sup>15</sup>. Pur avendo riconosciuto il valore autoritativamente vincolante dell'interpretazione fornita dalla Corte EDU, al punto che alle autorità nazionali è preclusa ogni interpretazione difforme<sup>16</sup>, la Corte costituzionale italiana si pone come giudice naturale ed esclusivo del conflitto normativo tra CEDU e diritto interno.

Anche in Germania, l'idoneità della CEDU a integrare il parametro costituzionale è stata affermata con il caso *Görgülü* del 2004, in cui il *Bundesverfassungsgericht* ha sancito l'obbligo delle corti tedesche di 'prendere in considerazione'<sup>17</sup> la CEDU e le sentenze della Corte EDU, per individuare lo scopo, il contenuto, e l'interpretazione da dare ai diritti fondamentali

<sup>13</sup> Corte costituzionale italiana, n.348/2007, par. 6.1.

<sup>14</sup> Corte costituzionale italiana, n. 348/2007.

<sup>15</sup> Corte costituzionale italiana, n. 348/2007, par. 4.6.; Il giudizio davanti alla Corte costituzionale dovrebbe svolgersi secondo due fasi: in un primo momento, quest'ultima provverebbe a risolvere il contrasto utilizzando la CEDU a mo' di parametro (fase necessaria); e, in caso di esito negativo, provvederebbe a verificare la conformità a costituzione della norma CEDU che, da parametro, diventerebbe l'oggetto stesso del controllo di costituzionalità. Infatti, nella 'gemella' n. 348, viene stabilito che «l'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile», onde evitare il paradosso che una norma di legge venga dichiarata incostituzionale perché contrastante con una norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione; il giudice delle leggi dovrà, nell'ottica di bilanciare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali con la tutela degli interessi costituzionalmente protetti, «verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe», al fine di espungere quella che, tra norma interna e internazionale, dovesse con essa contrastare. (Corte costituzionale italiana, n. 348/2007, par. 4.7).

<sup>16</sup> In questo senso, tra le altre, Corte costituzionale n. 39 del 2008; 348 e 349 del 2007; ordinanza n. 180 del 2011.

<sup>17</sup> *Bundesverfassungsgericht*, (*Görgülü*) 2 «BvR» 1481/04, par. 30, in <[http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630\\_2bve000208en.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208en.html)> (ultimo accesso 11.05.2014).

protetti dalle garanzie costituzionali; tuttavia, non ha rinunciato a definire la CEDU e le sentenze della Corte EDU come ‘atti sovrani non tedeschi’<sup>18</sup> e ha precisato che esse soggiacciono ai limiti e controlli della Costituzione, soprattutto nei casi di ‘relazioni multipolari di diritti fondamentali’<sup>19</sup>, nei quali, per la pluralità di interessi coinvolti, il giudice nazionale dovrà applicare i principi fondamentali della Costituzione, anche, se necessario, in contrasto con il diritto internazionale pattizio.

L’assoggettamento delle sentenze della Corte EDU al controllo accentrato delle Corti costituzionali italiana e tedesca rallenta l’efficacia delle sentenze della Corte EDU, soprattutto nei casi in cui, come frequentemente avviene, la *restitutio in integrum* imposta implichi la modifica o l’annullamento di una legge o prassi interna allo Stato Membro condannato. In effetti, non potendo applicare direttamente le sentenze della Corte EDU, i giudici nazionali saranno costretti a richiedere l’intervento delle Corti costituzionali. Queste ultime, nel controllo di compatibilità della CEDU alle rispettive costituzioni avranno due possibilità: nel bilanciamento di interessi tra norme convenzionali e costituzionali, potranno dare preferenza alle seconde, vanificando l’accertamento compiuto dalla Corte EDU<sup>20</sup>; oppure, potranno ritenere quest’ultimo compatibile con i principi costituzionali e dichiareranno l’incostituzionalità della legge in questione, rimettendo il caso al legislatore. Quest’ultimo, a sua volta, sceglierà se e come intervenire e, rimanendo inattivo, lascerà che la legge incompatibile produca ulteriori violazioni<sup>21</sup>.

Si noti che la Germania, nonostante il forte e accentrato controllo di costituzionalità svolto dal *Bundesgerichtshof*, è riuscita a contenere il numero di condanne da parte della Corte EDU, grazie alla possibilità

<sup>18</sup> *Bundesverfassungsgericht, (Görgülü)*, 2 «BvR» 1481/04.

<sup>19</sup> *Bundesverfassungsgericht, (Görgülü)*, 2 «BvR» 1481/04, par. 35.

<sup>20</sup> Si vedano i casi *Lautsi v. Italy* n. 30814/06, 2009 e *Von Hannover v. Germany*, n. 59320/00, 2004.

<sup>21</sup> Per la Germania si vedano i casi *M. v. Germany*, *Mautes v. Germany*, *Schummer v. Germany*, *Kallweit v. Germany*, riguardanti la contrarietà con gli articoli 5 par. 1 lett. a) e dell’art. 7 CEDU di una legge che estendeva retroattivamente e a tempo indeterminato il periodo di detenzione preventiva a soggetti ritenuti particolarmente pericolosi, legge modificata dal Parlamento tedesco il 1° gennaio 2011 (C. TOMUSCHAT, *The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court*, in «German Law Journal», 2010, p. 765); per l’Italia si vedano invece la moltitudine di ricorsi raggruppati nella sentenza-pilota, *Torreggiani et. al. v. Italy*, n. 43517/09, n. 46882/09, n. 55400/09, n. 61535/09, n. 35315/10, n. 37818/10, 8 gennaio 2013 nonché l’ampio numero di soggetti condannati ex art. 7 comma 1 del decreto legge 341 del 2000, dichiarato incostituzionale solo nel 2013 (a seguito del caso *Scoppola v. Italy* del 2009).

di ricorrere individualmente davanti alla Corte costituzionale, per far valere la violazione dei diritti fondamentali<sup>22</sup>. Tramite l'art. 93, par. 4 lett. a) della Costituzione tedesca, che ammette tale ricorso individuale (*Verfassungsbeschwerde*), il *Bundesgerichtshof* riesce a 'filtrare' i ricorsi prima che approdino a Strasburgo, risolvendone gran parte a livello interno<sup>23</sup>.

L'ordinamento italiano non prevede, invece, tale procedura, non essendo previsto che il ricorso alla Corte EDU debba essere preceduto dal ricorso alla Corte costituzionale: l'intervento di quest'ultima è infatti subordinato all'incidente di costituzionalità sollevato da giudici di rango inferiore<sup>24</sup>. Ne consegue il rischio che l'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale non consideri le questioni sottoposte alla Corte di Strasburgo, determinandosi l'impossibilità di un reale coordinamento tra le autorità giudiziarie nazionali e la Corte EDU<sup>25</sup>.

### 3. Le sentenze della Corte EDU e le prerogative del Parlamento nel Regno Unito

Nel Regno Unito i diritti umani sono stati 'nazionalizzati'<sup>26</sup> a seguito dell'approvazione dello *Human Rights Act* del 1998, che ha incorporato le disposizioni convenzionali, garantendone il pieno ingresso nell'ordinamento inglese; tale Carta impone ai giudici nazionali, con una formula simile a quella

<sup>22</sup> 170 condanne dal 1959 al 2013 (Corte europea dei diritti dell'uomo, in «Overview 1959-2013»).

<sup>23</sup> E. LAMBERT ABDELGAWAD, A. WEBER, *The Reception Process in France and Germany*, in H. Keller, A. Stone Sweet, *A Europe of Rights - The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford 2008, p. 116; in Spagna, attraverso il *recurso de amparo*, i diritti fondamentali sono tutelabili direttamente innanzi al *Tribunal Constitucional*, dove gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU vengono assunti ed elaborati come se provenissero da una giurisdizione superiore. Per tale motivo questi Tribunali vengono considerati una sorta di 'delegazione' nazionale della Corte di Strasburgo, e tale integrazione tra giudici nazionali ed europei ha fatto sì che la Spagna avesse, se confrontata con altri Paesi di pari ordinamento e dimensione, un record minimo di condanne (80, dal 1959 al 2013).

<sup>24</sup> A. SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione 'sussidiaria' delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, in «Diritti Umani e Diritto internazionale», 2012, p. 264.

<sup>25</sup> Anche per via del mancato controllo di cui si è detto il numero delle condanne emesse contro l'Italia è altissimo: 2.268, comminate tra il 1959 e 2013.

<sup>26</sup> Home Office, White Paper, *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm 3782, October 1997).

usata nell'ordinamento tedesco, un obbligo di 'prendere in considerazione'<sup>27</sup> la CEDU e la giurisprudenza di Strasburgo. La Seconda sezione dello *Human Rights Act* richiede ai giudici inglesi di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili, quella più compatibile alla CEDU<sup>28</sup>. Per via della tensione costante tra sovranità parlamentare e *rule of law*<sup>29</sup>, e poiché compete solo al Parlamento pronunciarsi sulla validità di una legge nazionale, il giudice di ultima istanza dovrà, in caso di contrasto tra legge ordinaria e CEDU, emettere una dichiarazione di 'incompatibilità'<sup>30</sup>, da inoltrare al Parlamento.

A sua volta, il Parlamento ha il potere di esaminare ed emendare le leggi per le quali sia stata emessa la suddetta dichiarazione di incompatibilità con la CEDU<sup>31</sup>. Tuttavia, gli effetti di questa procedura vengono limitati dalla Sesta sezione dello *Human Rights Act* che, al secondo paragrafo, non include il legislatore nella lista delle autorità vincolate al rispetto delle sentenze della Corte EDU<sup>32</sup>. Esempio è stato il caso *Hirst v. United Kingdom* del 2004, in cui il rifiuto del governo inglese di ottemperare alla condanna della Corte EDU, che aveva accertato la contrarietà all'art. 3 protocollo n. 1 CEDU della legge che vietava il diritto di voto ai detenuti, aveva causato l'approdo a Strasburgo di ben duemila cinquecento ricorsi da parte di detenuti inglesi, i quali, provando a iscriversi all'Ufficio elettorale, avevano visto rigettarsi la richiesta<sup>33</sup>. Da questi elementi si può dunque desumere che anche nel Regno Unito, nonostante il famosissimo *Mirror Principle*, secondo il quale «*The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less*»<sup>34</sup>, l'efficacia delle sentenze della Corte EDU rimane limitata a quella di criterio interpretativo per l'applicazione del diritto nazionale, competendo sempre al legislatore la decisione finale sul se e sul come eseguire i *dicta* di Strasburgo.

<sup>27</sup> *Human Rights Act*, 1998, Sez. 2, par. 1.

<sup>28</sup> S. BESSON, *The Reception Process in Ireland and the United Kingdom*, in H. Keller, A. Stone Sweet, *A Europe of Rights - The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, cit., p. 51.

<sup>29</sup> G. FERRARI, O. POLLICINO, *The Impact of supranational law on the national sovereignty of member States, with particular regard to the judicial reaction of UK and Italy to the new aggressive approach of the European Court of Human Rights*, in «Comparative Law Review», 2011, p. 63.

<sup>30</sup> *Human Rights Act*, 1998, Sez III, par. 1, Sez IV, par. 2.

<sup>31</sup> Si tratta della *fast track procedure* prevista dallo *Human Rights Act*, Sez. 10.

<sup>32</sup> BESSON, *The Reception Process in Ireland and the United Kingdom*, cit., p. 74.

<sup>33</sup> FERRARI, POLLICINO, *The Impact of supranational law on the national sovereignty of member States*, cit., p. 60.

<sup>34</sup> *R. (on the application of Ullah) v. Special Adjudicator* [2004] UKHL 26; [2004] 2 A.C. 323 par. 20; R. CLAYTON, *Smoke and Mirrors-The Human Rights act and the impact of Strasbourg case law*, in «Public Law», 2012, p. 638.

#### 4. Il ruolo delle sentenze della Corte di Strasburgo nel contesto del 'Contrôle de conventionalité' in Francia

Una diversa impostazione viene seguita in Francia, dove le norme CEDU godono di efficacia diretta. Qui, vigendo un ordinamento di tipo monista, i trattati internazionali, regolarmente ratificati, assumono rango superiore alla legge ordinaria a seguito della semplice pubblicazione in Gazzetta ufficiale<sup>35</sup>. Il controllo di conformità della legge nazionale alla CEDU, il cosiddetto *Contrôle de conventionalité*, è di tipo diffuso e spetta alla *Cour de Cassation* e al *Conseil d'Etat*, che possono disapplicare direttamente la norma interna contrastante, con efficacia *inter partes*<sup>36</sup>. Grazie a questo sistema, gli individui possono invocare i diritti convenzionali direttamente davanti a giudici nazionali e l'opera ermeneutica di questi, ricevendo forti stimoli della giurisprudenza 'vivente' di Strasburgo, si è spinta fino ad assumere posizioni sempre più progressiste, fornendo un'interpretazione indipendente dei diritti convenzionali, che è andata anche oltre i requisiti imposti dalla Corte EDU<sup>37</sup>. Ad esempio, nei casi *Boussouar*<sup>38</sup> e *Planchenault*<sup>39</sup>, il *Conseil d'Etat* ha ritenuto che le decisioni delle strutture penitenziarie in materia di diritti dei detenuti, pur rientrando nel campo del diritto amministrativo, dovessero essere appellabili dai diretti interessati davanti a un organo giurisdizionale, ex art. 13 CEDU. Impedire ai detenuti di chiedere la revoca di tali provvedimenti, nei casi di sospetta violazione dei loro diritti riconosciuti, equivaleva a 'chiudere gli occhi' in attesa di un sicuro intervento di Strasburgo<sup>40</sup>. Il *Conseil d'Etat* ha preso queste decisioni tenendo conto della giurisprudenza della Corte EDU in casi simili contro l'Italia, il Belgio e il Regno Unito<sup>41</sup>; come si

<sup>35</sup> Cfr. art. 55 della Costituzione francese; si veda M. FORTUNOVA, *Report on France*, in G. Martinico, O. Pollicino, *The national Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, Groningen 2010, p. 210.

<sup>36</sup> Conseil d'Etat, *Nicolo*, 1989, in <<http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>> (ultimo accesso 18.05.2014).

<sup>37</sup> LAMBERT ABDELGAWAD, WEBER, *The Reception Process in France and Germany*, cit., p. 140.

<sup>38</sup> Conseil d'Etat, *Boussouar*, 2007, <<http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>> (ultimo accesso 18.05.2014).

<sup>39</sup> Conseil d'Etat, *Planchenault*, 2007, in <<http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence>> (ultimo accesso 18.05.2014).

<sup>40</sup> CLAYTON, *Smoke and Mirrors-The Human Rights act and the impact of Strasbourg case law*, cit., p. 654.

<sup>41</sup> E. BJORGE, *National supreme courts and the development of ECHR rights*, in «International Journal of Constitutional Law», 2011, p. 24.

vede, con tale procedimento i giudici francesi tendono ad attribuire alle sentenze europee un'efficacia molto simile a quella di *res interpretata*<sup>42</sup>.

Il monismo francese presenta, tuttavia, una peculiarità: le norme CEDU, pur avendo rango 'infra-costituzionale' superiore alla legge ordinaria, non sono ritenute idonee a rientrare nel *bloc de constitutionalité*<sup>43</sup> e a integrare il parametro di costituzionalità delle leggi ordinarie; per tale motivo, non passando attraverso il 'filtro' della Corte di Cassazione, una sentenza della Corte EDU che accerti la 'non convenzionalità' di una legge nazionale, non sarà in grado di stimolarne la caducazione con effetti *erga omnes* a livello interno, lasciandola potenzialmente in grado di dar luogo a ulteriori violazioni.

### 5. Sentenze della Corte EDU e revisione del giudicato nazionale

Come si può desumere dalla sintetica analisi fin qui condotta, il meccanismo della disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con la CEDU, affidato al controllo diffuso dei giudici nazionali, è in grado di assicurare il 'dialogo' tra le Corti. Questo è il caso, ad esempio, della riapertura dei processi interni a seguito di condanna della Corte EDU: effetto rivoluzionario non solo sotto il profilo del diritto interno, perché impone una deroga al principio della certezza del giudicato, ma anche alla luce del dettato della Convenzione di Roma. L'*Explanatory Report* della Raccomandazione del Comitato dei Ministri R(2000)2 del 2000, che traccia le linee guida nella materia, afferma che l'obbligo di riaprire i procedimenti interni non era previsto dalla CEDU, ed è nato a seguito del consolidarsi di una prassi in capo agli Stati nazionali<sup>44</sup>. Si tratterebbe, dunque, di un effetto generato dal carattere definitivo della sentenza della Corte EDU che, grazie all'opera interpretativa dei giudici nazionali e con l'avallo della Raccomandazione R(2000)2, avrebbe fatto prevalere, al verificarsi di determinate condizioni<sup>45</sup>, gli interessi del ricorrente

<sup>42</sup> LAMBERT ABDELGAWAD, WEBER, *The Reception Process in France and Germany*, cit., p. 139.

<sup>43</sup> Conseil Constitutionnel, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, n. 74-54, 1975, par. 5.

<sup>44</sup> *Explanatory Memorandum, Recommendation No. R(2000) 2 of the Committee of Ministers to member States on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European court of Human Rights*, par. 3.

<sup>45</sup> Ossia: (i) il ricorrente stia ancora subendo le conseguenze pregiudizievoli della violazione, a nulla servendo il risarcimento per equa soddisfazione ex art. 41 CEDU; (ii) la sentenza della Corte EDU ha stabilito che il processo domestico ha violato nel merito un articolo della Convenzione oppure; (iii) la violazione convenzionale è stata generata da un errore proce-

su quelli della certezza del giudicato nazionale<sup>46</sup>. Gli ordinamenti nazionali hanno provveduto a introdurre la riapertura dei giudicati, sia per via giurisprudenziale, sia introducendo una disciplina legislativa *ad hoc*<sup>47</sup>. Con il primo metodo, l'accertamento della Corte EDU è rientrato tra i casi esistenti di revisione, estendendo a questa i concetti di riapertura del processo per 'circostanze speciali'<sup>48</sup> o per 'interesse della legge'<sup>49</sup> o a garanzia dell' 'ordine costituzionale'<sup>50</sup>. Con il secondo, invece, sono stati riformati i rispettivi codici di procedura, inserendo casi specifici di revisione<sup>51</sup>.

In qualche caso è stata la stessa Corte di Strasburgo a suggerire la riapertura del procedimento nazionale con un metodo che ha fatto sorgere il dubbio di un superamento dei confini della norma convenzionale, come è avvenuto, ad esempio, con la sentenza *Scoppola v. Italy*<sup>52</sup>, nella quale la Corte EDU aveva dichiarato l'ergastolo, comminato al signor Scoppola, in contrasto con gli articoli 6 e 7 della CEDU<sup>53</sup>. Il caso, che ha dato luogo a una vera e propria riapertura del giudicato interno, sia pure soltanto ai fini della rideterminazione della pena, è stato oggetto di un'ordinanza di rimessione davanti alla Corte costituzionale italiana, culminata nella sentenza n. 210 del 2013, con la quale si è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 comma 1 del decreto legge 24 novembre 2000 n. 341. Si chiedeva

---

durale di gravità tale da far dubitare della credibilità oggettiva dell'intero processo domestico.

<sup>46</sup> A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella convenzione europea dei diritti umani*, in «Rivista di diritto internazionale», 2002, p. 631; PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea*, cit., p. 211 (secondo il quale potrebbe trattarsi del meccanismo previsto dall'art. 31 comma 3 lettera b della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati).

<sup>47</sup> SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella convenzione europea dei diritti umani*, cit., p. 652.

<sup>48</sup> Art. 977 Codice di procedura penale danese.

<sup>49</sup> Art. 33 par. 2 del Codice di procedura penale austriaco; art. 441 del Codice di istruzione criminale belga.

<sup>50</sup> Art. 238 comma 3 e art. 240 della Legge sul funzionamento del Tribunale costituzionale spagnolo.

<sup>51</sup> Tra questi, la Svizzera art. 229; par. 4 della legge federale sulla procedura penale, riformato nel 1992; la Germania: art. 359 comma 6 c.p.p. riformato nel 1998; la Francia: 626 *bis*-626 *septies* c.p.p. riformato nel 2000; il Regno Unito: artt. da 9 a 12 del *Criminal Appeal Act* riformato nel 1995; il Portogallo: riforma dell'art. 449 del c. p.p. nel 2007; la Romania: riforma dell'art. 408 del c.p.p. nel 2006;

<sup>52</sup> Corte EDU, caso *Scoppola v. Italy*, n. 10249/03, 2009.

<sup>53</sup> Il ricorrente era stato condannato alla pena dell'ergastolo in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 7 della legge 341 del 2000, il quale, con un'interpretazione autentica dell'art. 442 comma 2 c.p.p., (che al tempo della richiesta di giudizio abbreviato di Scoppola veniva interpretato nel senso che la pena massima fosse quella di trenta anni) aveva retroattivamente introdotto l'ergastolo tra le pene previste dal giudizio abbreviato.

alla Corte costituzionale se «le sentenze della Corte europea che accertano difetti ‘sistemic’ o ‘strutturali’ dell’ordinamento dello Stato resistente, dai quali dipende la violazione dei diritti convenzionali del ricorrente, non hanno valenza limitata al singolo caso concreto [...] ma impongono allo Stato di rimuovere tali difetti strutturali per evitare la violazione dei diritti convenzionali di tutti coloro che si trovino in una situazione identica a quella riscontrata nel singolo caso concreto»<sup>54</sup>, e se l’obbligo di adeguamento dello Stato italiano alle sentenze della Corte EDU «sussiste anche nei confronti di chi non abbia a suo tempo proposto ricorso alla Corte EDU»<sup>55</sup>. L’accoglimento di questa questione riporta in auge la teoria prospettata da quel filone di giudici ‘ribelli’ che avevano prospettato la ‘comunitarizzazione’ della CEDU<sup>56</sup>, immaginando una sua applicazione diretta al pari delle norme di origine comunitaria, oltre che a una sorta di riconoscimento dell’efficacia *erga omnes* delle sentenze della Corte EDU, non più limitata al caso concreto<sup>57</sup>.

#### 6. Gli effetti delle sentenze della Corte EDU nella prospettiva dell’adesione dell’Unione Europea alla CEDU

L’avvicinamento della Corte EDU a funzioni sempre più ‘costituzionali’<sup>58</sup> è tendenza ormai pacificamente assodata; si pensi all’esteso uso delle sentenze pilota<sup>59</sup>, o alle riforme previste per il *post-Brighton*, in cui viene suggerito che la Corte EDU, sul modello dell’art. 63 par. 1 della Convenzione americana per i diritti dell’uomo<sup>60</sup>, indichi allo Stato condannato le misure da

<sup>54</sup> Cassazione penale, Sez. Unite, n. 34472, 19 aprile 2012, par. 2.

<sup>55</sup> Cassazione penale, Sez. Unite, n. 34472, 19 aprile 2012, par. 2.

<sup>56</sup> Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 e TAR Lazio, Sez. II-*bis*, 18 maggio 2010, n. 11984.

<sup>57</sup> F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Costituzionale l’adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte Edu nella sentenza Scoppola*, in <[http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/1699-le\\_sezioni\\_unite\\_rimettono\\_alla\\_corte\\_costituzionale\\_l\\_adequamento\\_del\\_nostro\\_ordinamento\\_ai\\_principi\\_sanciti\\_dalla\\_corte\\_edu\\_nella\\_sentenza\\_scoppola/](http://www.penalecontemporaneo.it/area/3-/-/1699-le_sezioni_unite_rimettono_alla_corte_costituzionale_l_adequamento_del_nostro_ordinamento_ai_principi_sanciti_dalla_corte_edu_nella_sentenza_scoppola/)> (ultimo accesso 12.09.2012).

<sup>58</sup> J. CHRISTOFFERSEN, *Individual and Constitutional Justice: can the power balance of adjudication be reversed?* in J. Christoffersen, M. Madsen, *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford University Press, Oxford 2011, p. 186; SACCUCCI, *Accesso ai rimedi costituzionali, previo esaurimento e gestione ‘sussidiaria’ delle violazioni strutturali della CEDU derivanti da difetti legislativi*, cit., p. 264.

<sup>59</sup> *Broniowsky v. Polland*, n. 31443/96, 2004, par. 189-194; Art. 61 del Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti dell’uomo del 2011.

<sup>60</sup> A. BULTRINI, *The Future of the European Convention on Human Rights after the Brighton*

intraprendere per eliminare le conseguenze delle violazioni accertate<sup>61</sup>, aggiungendo il potere del Consiglio dei Ministri di emanare sanzioni politiche<sup>62</sup> o economiche<sup>63</sup> agli Stati inadempienti. A breve, peraltro, dovrebbe entrare in vigore un meccanismo che permetterebbe alle Corti di ultima istanza nazionale di richiedere un parere consultivo (*advisory opinions*) alla Corte EDU, per sciogliere dubbi interpretativi in merito alla corretta interpretazione o applicazione delle disposizioni convenzionali<sup>64</sup>. Tali *opinions* dovrebbero essere vincolanti per lo Stato membro richiedente, e si configurerebbero come una sorta di ‘pregiudiziale convenzionale’<sup>65</sup>, alla stregua delle pronunce rese dalla Corte di giustizia, ai sensi dell’art. 267 del TFUE. Tale meccanismo stimolerà fortemente il ‘dialogo’ con la Corte di Strasburgo, incrementando la nuova forma di protezione ‘triangolare’ dei diritti umani, tra corti nazionali, Corte EDU e Corte di giustizia<sup>66</sup>.

C’è inoltre da considerare la progettata adesione dell’UE alla CEDU, che dovrebbe dar luogo al cosiddetto effetto di ‘comunitarizzazione’ della CEDU<sup>67</sup>; poiché anche l’UE sarà vincolata al rispetto dell’art. 46 CEDU, verranno istituiti dei meccanismi per permettere all’UE di rimuovere un atto legislativo, o alla Corte di giustizia di riaprire un procedimento che contrasti con la CEDU, con ripercussioni immediate anche negli ordinamenti interni. L’intrecciarsi della tutela comunitaria ed europea costringerà gli organi costituzionali di alcuni Stati, come l’Italia, il Regno Unito e la Germania, ad

---

Conference, in «IAI Working Papers», 2012, p. 2.

<sup>61</sup> *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, GT-GDR-E(2013)006, *Proposals By A. Bultrini concerning supervision by the Committee of Ministers of execution of judgments*, 2013, p. 3.

<sup>62</sup> *Ad Hoc Working party on Reform of the Human Rights Convention System, Measures to improve the execution of the judgments and decisions of the Court, Working document under discussion within the GT-REFECHR (2013) 2rev2*, 2 May 2013, p. 6.

<sup>63</sup> *Steering Committee for Human Rights (CDDH)*, GT-GDR-E(2013)002, *Memorandum on the Parliamentary Assembly’s proposal to introduce a system of financial sanctions or astreintes on States who fail to implement judgments of the Strasbourg Court*, 3 May 2013, p. 4.

<sup>64</sup> *High Level Conference on the Future of The European Court of Human Rights, Brighton Declaration*, Brighton 19 April 2012, par. 12 d).

<sup>65</sup> G. RAIMONDI, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in G. Raimondi, *La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in <<http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/articolorivista/la-dichiarazione-di-brighton-sul-futuro-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo>>, 2012, p. 1 (ultimo accesso 25.09.2012).

<sup>66</sup> W. VOERMANS, *Protection of European human rights by highest courts in Europe. The art of triangulation*, in P. Popelier, C. Van de Heyning, P. Van Nuffel, *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland 2011, p. 370.

<sup>67</sup> U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Cacucci Editore, Bari 2013, p. 256.

assicurare alle sentenze della Corte EDU efficacia equivalente a quella fino ad oggi riservata agli atti dell'UE e alle pronunce della Corte di giustizia.

*The effects of the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR's) in the national legal order*

The analysis the effectiveness of the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR's) in the national legal order shows a divergence between the 'constitutional' inclination of the European Court and the 'sub-constitutional' rank attributed to the ECHR in the national legal orders. In the absence of a specific provision about the impact of a ECtHR's dictum, its effects in the national order will be limited. However, one has to consider the 'indirect effects' of the ECtHR's decisions: national judges have followed a proactive approach, in the sense of asking the competent institutions of their States to enact special rules or to extend the existing mechanisms to allow the reopening or the re-examination of proceedings, when needed to comply with decisions of the European Court.

A new course seems to have been set in motion in view of the European Union accession to the ECHR system, that can result in a new 'triangular' human rights review between national courts and the Luxembourg and Strasbourg Courts: it represents a new challenge for national authorities.



Giovanni Serges\*

*I trattati internazionali diversi dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*

Il saggio è diretto a verificare se nei confronti degli obblighi internazionali diversi da quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo si configurino strumenti ulteriori, rispetto alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, per assicurare il rispetto delle norme convenzionali a fronte di norme interne confliggenti con il trattato.

*1. L'interpretazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. nella giurisprudenza costituzionale ed il ruolo assunto dalla CEDU nella posizione della Corte*

Proprio nel periodo in cui più intenso ed acceso si è fatto il dibattito intorno alla insufficienza ed inadeguatezza della riforma del Titolo V della Costituzione operata nel 2001, additata come la causa principale se non esclusiva dello straordinario incremento della conflittualità tra Stato e sistema regionale in ragione della complessiva inadeguatezza del disegno relativo, quanto meno, all'autonomia legislativa regionale, la sola parte di quella riforma che risulta al riparo da critiche o osservazioni di sorta è quella contenuta nel primo comma dell'art. 117 Cost. Si tratta, come è noto, della disposizione che ha introdotto il vincolo dell'intera produzione legislativa, sia statale che regionale, agli obblighi discendenti dal diritto internazionale e dal diritto dell'Unione europea. Se, per questa ultima parte, può riconoscersi come la disposizione in parola si sia, per così dire, limitata ad una conferma dell'esistente, ossia alla conferma della diretta

---

\* Giovanni Serges è Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi Roma Tre dove ha insegnato anche Diritto costituzionale regionale e Teoria e tecnica della legislazione. La sua attività scientifica ha riguardato, in particolare, il sistema delle fonti del diritto, la giustizia costituzionale, la funzione giurisdizionale ed il sistema delle autonomie locali. Fa parte del Consiglio direttivo della Scuola delle professioni legali e del Master Diritto penitenziario e Costituzione.

applicabilità delle norme europee fondata sulle limitazioni di sovranità già consentite in forza dell'art. 11 Cost.<sup>1</sup>, ben diverso è risultato il ruolo assunto dall'imposizione del rispetto degli obblighi internazionali<sup>2</sup>. Superate alcune iniziali incertezze interpretative<sup>3</sup> che sembravano far leva sulla collocazione 'topografica' della disposizione nella parte della Costituzione dedicata all'autonomia regionale e riconosciuto così (implicitamente) che essa in realtà si salda con le due disposizioni costituzionali della prima parte (gli artt. 10 e 11 Cost.) nelle quali è racchiusa l'apertura internazionalistica del nostro ordinamento, la portata fortemente innovativa contenuta in questa disposizione ha trovato una sicura conferma ed una stabile sistemazione nelle due, ormai famose sentenze del 2007 (la n. 348 e 349) della Corte costituzionale<sup>4</sup>. La Corte ha così chiarito che le norme pattizie contenute in

<sup>1</sup> Come ha precisato la Corte costituzionale nella sentenza n. 227 del 2010 l'art. 117, primo comma, ha «confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, primo comma Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato da questa Corte negli ultimi decenni, trova ancora sicuro fondamento nell'art. 11 Cost.».

<sup>2</sup> L'inserimento di una disposizione costituzionale che assicuri la prevalenza delle norme di origine pattizia nell'ipotesi di conflitto con leggi interne è assicurata in molte Costituzioni contemporanee, ed in Europa, in particolare nelle Costituzioni francese e spagnola. Sul punto cfr. G. CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, p. 328.

<sup>3</sup> Si vedano sul punto, in particolare, le osservazioni di C. PINELLI, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento comunitario*, in «Il Foro italiano», 2001, p. 145 ss.; E. CANNIZZARO, *La riforma federalista della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in «Rivista di diritto internazionale», 2001, p. 921 ss. Più recentemente il CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 40 ss. è ritornato sull'argomento sottolineando come il vincolo di cui all'art. 117 Cost., come interpretato dalla Corte costituzionale a partire dalle due sentenze del 2007, si riveli particolarmente gravoso in quanto l'esistenza di un accordo internazionale ha l'effetto di «cristallizzare lo stato della legislazione, impedendo che essa si adegui al mutare del costume sociale» con la conseguenza che «riforme legislative anche assai importanti, potrebbero essere dilazionate nel tempo, o addirittura impedito per il fatto che esse insistono in materie coperte da trattati, magari remoti nel tempo e di rilievo minore per l'equilibrio normativo internazionale. Queste ragioni, unitamente alle perplessità ingenerate dal funzionamento tecnico del meccanismo disposto dall'art. 117, comma 1, avevano indotto una parte della dottrina a prospettare una diversa funzione della disposizione costituzionale. Con essa non si sarebbe voluto formulare una garanzia costituzionale rispetto alla generalità degli obblighi internazionali, quanto piuttosto stabilire un meccanismo di coordinamento fra leggi e gli accordi internazionali conclusi rispettivamente da Stato e Regioni».

<sup>4</sup> Che la formula adottata dalla legge di revisione costituzionale comportasse la illegittimità

trattati internazionali, bilaterali o multilaterali, una volta immesse nell'ordinamento mediante i meccanismi di adattamento, vale a dire attraverso il procedimento ordinario, ma ancor più (per via della più frequente utilizzazione) mediante l'ordine di esecuzione, assumono la funzione di norme interposte nel giudizio di costituzionalità e sono pertanto messe al riparo da violazioni ad opera di successive leggi ordinarie che con esse risultino configgenti. In altri termini, la garanzia del rispetto degli obblighi internazionali imposta dall'art. 117, 1° comma, Cost., comporta che un trattato internazionale ratificato e reso esecutivo nell'ordinamento italiano sia messo al riparo da possibili ripensamenti del legislatore e condizioni la produzione legislativa che ad esso dovrà dunque conformarsi. Analogamente anche le leggi ordinarie anteriori, eventualmente confliggenti con le norme di adattamento al trattato, saranno suscettibili di essere annullate ove il loro contenuto contrasti con le norme pattizie. Il quadro delineato nelle due sentenze 'gemelle' del 2007 è stato successivamente ancor più definito dalla stessa giurisprudenza costituzionale. Nella sentenza n. 311 del 2009 la Corte riassume le linee di fondo del ruolo attribuito alla norma costituzionale sottolineando, in particolare, che l'espressione 'obblighi internazionali' in esso contenuta, «si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost.». Così interpretato – aggiunge la Corte – «l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi» con la conseguenza «che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.».

Con specifico riferimento alla CEDU viene poi precisato «che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti» di guisa che «nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica». Una simile attività

---

costituzionale delle norme interne configgenti con i vincoli internazionali era stato, peraltro, sottolineato, poco dopo la riforma, da autorevole dottrina: vedi, in particolare, B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in «Il Foro Italiano», 2002, p. 229 ss.

interpretativa deve poi svolgersi in maniera che l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente rispetti «la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea». Solo quando il giudice comune ritenga impossibile «comporre il contrasto in via interpretativa», non potendo egli «procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria, sprovvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante», né «tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione», dovrà «sollevare la questione di costituzionalità con riferimento al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto». Una volta sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetterà poi alla Corte il compito anzitutto «di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU». La Corte in quell'occasione ha, infine, chiarito «che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve», ma tuttavia essa potrà «verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporterà l'illegittimità della legge di adattamento».

## 2. Le questioni risolte ed i problemi aperti dalla svolta giurisprudenziale del 2007

Il quadro così delineato – che ha colmato una lacuna nell’ambito dei principi costituzionali (per usare l’espressione della Corte) – ha risolto definitivamente una serie di questioni da tempo aperte e, a sua volta, ha finito con il prospettare alcuni profili problematici, tra i quali spicca, a mio avviso, proprio quello relativo alla posizione degli obblighi internazionali diversi dalla CEDU in ragione della circostanza che la netta svolta giurisprudenziale relativa al diritto internazionale pattizio è, in realtà, interamente costruita intorno alla peculiare posizione di questo trattato internazionale nel quale, ad una previsione amplissima del sistema dei diritti (per molti versi coincidente con quella contenuta nella nostra Costituzione o in testi costituzionali degli Stati aderenti), si accoppia anche la garanzia di un giudice specifico chiamato a tutelare il rispetto della Convenzione da parte dei singoli Stati ed al quale, dunque, spetta il potere di interpretare i principi del trattato.

Prima di affrontare questo specifico punto appare utile precisare, procedendo in maniera assai sintetica, che, quanto alle questioni risolte, può dirsi che la svolta giurisprudenziale abbia chiarito almeno quattro profili.

In primo luogo – e si tratta di un profilo quasi scontato – si conferma che il diritto internazionale pattizio è estraneo al campo di applicazione dell’art. 10 Cost. con il quale, invece, si immettono all’interno dell’ordinamento italiano solo le norme generalmente riconosciute, o, più correttamente, si immettono nell’ordinamento italiano norme di contenuto identico alle corrispondenti norme del diritto internazionale generale. Si tratta in realtà, per questo verso, di una conferma di una posizione che la Corte aveva già ripetutamente assunto in epoca precedente, rifiutando di aderire alla tesi, pur autorevolmente sostenuta, che faceva derivare dalla norma generalmente riconosciuta (e, pertanto, recepita integralmente nell’ordinamento interno) *pacta sunt servanda* la conseguenza dell’adattamento automatico a tutto il diritto internazionale pattizio<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> La tesi, originariamente sviluppata da R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori Editore, Napoli 1968, p. 64 ss., è stata poi ripresa con ulteriori originali svolgimenti da F. MODUGNO, *Considerazioni preliminari sulle intese tra Stato e Chiesa nel c.d. sistema delle fonti*, in *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, Mucchi Editore, Modena 1989, p. 935 ss, ma spec. p. 956, ove si precisa che «se è norma dell’ordinamento interno che i trattati vadano osservati, una volta che le clausole di essi siano rese esecutive da legge come norme di diritto interno, non sembra più possibile sostenere che queste ultime possano essere poi abrogate, modificate ecc., da una semplice legge ordinaria che non sia, a sua volta, esecutiva di un accordo modificativo. Insomma la legge esecutiva di un

In secondo luogo, una volta affermato che il contrasto di una norma interna con una norma convenzionale (ed in particolare con la CEDU) si risolve in una violazione indiretta dell'art. 117, 1° comma, Cost. e dà vita, pertanto, ad una questione di costituzionalità nella quale la norma del trattato (o più correttamente la norma di adattamento) assume il ruolo di norma interposta, viene superata quella prospettiva di inquadramento dei rapporti con le norme convenzionali che, adombrata in un isolato precedente della stessa giurisprudenza costituzionale, aveva poi trovato un certo favore nella giurisprudenza ordinaria di legittimità. Mi riferisco alla posizione secondo cui, in ragione della natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali ratificate e immesse nell'ordinamento, si debba ritenere la natura sovraordinata delle norme della convenzione con conseguente obbligo di disapplicazione da parte del giudice della norma interna contrastante con quella pattizia dotata della immediata precettività rispetto al caso concreto<sup>6</sup>. In realtà la svolta giurisprudenziale del 2007 e la sua successiva stabilizzazione non sembrano più lasciare spazio a prese di posizione dei giudici comuni nel senso della diretta applicazione (con conseguente disapplicazione del diritto interno sia anteriore che successivo)<sup>7</sup>

---

trattato o accordo internazionale non può essere legittimamente contrastata da una legge semplice». La posizione della Corte sul punto era stata resa più esplicita che in altre occasioni con la sentenza n. 323 del 1989 ove la Corte precisava che «i trattati internazionali vengono ad assumere nell'ordinamento la medesima posizione dell'atto che ha dato loro esecuzione. Quando l'esecuzione è avvenuta mediante legge ordinaria, essi acquistano pertanto la forza ed il rango di legge ordinaria che può essere abrogata o modificata da una legge ordinaria successiva. È rimasta minoritaria in dottrina, e non è mai stata condivisa dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, né di questa Corte, la tesi secondo la quale i trattati internazionali, pur introdotti nel nostro ordinamento da legge ordinaria, assumerebbero rango costituzionale o comunque superiore, così da poter essere abrogati o modificati da legge ordinaria in forza del principio del rispetto dei trattati (*pacta sunt servanda*), norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta».

<sup>6</sup> Su punto cfr. Corte costituzionale n. 10 del 1993, dove si affermava che le norme convenzionali introdotte nel nostro ordinamento sono «norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria», ma, soprattutto, Cass., Sez. Unite, 19 luglio 2012, n. 10542 e 23 dicembre 2005, n. 28507, decisioni, queste ultime, successive alla riforma costituzionale del 2001, ma precedenti la presa di posizione contenuta nelle sentenze costituzionali del 2007.

<sup>7</sup> Si veda, tuttavia, il provvedimento assunto dal Tribunale di Roma, Sezione prima civile, Giudice Dott.ssa Donatella Galterio del 23 settembre 2013, nel quale, in sede di provvedimento d'urgenza reso in materia di procreazione medicalmente assistita, si sostiene che il giudice comune deve dar seguito alle decisioni di condanna del giudice europeo (la Corte EDU) «senza necessità di sollevare l'ulteriore pregiudiziale di costituzionalità, ogni qualvolta la regola ricavabile dalla sentenza CEDU sia sufficientemente precisa ed

della norma internazionale immessa nell'ordinamento interno, perché la Corte ha inteso proprio distinguere nettamente il fenomeno della diretta applicazione, riservata al solo diritto comunitario (giustificandone la ragione d'ordine costituzionale), da quello relativo al diritto convenzionale rispetto al quale l'art. 117, 1° comma, assume il ruolo di una disposizione che sviluppa la sua operatività solo se posta a contatto con altre norme (che la Corte definisce di rango *sub-costituzionale*<sup>8</sup>) le quali sono destinate a dare contenuto a quel parametro. Ed il contenuto degli obblighi internazionali è rappresentato proprio dai trattati immessi nell'ordinamento (ed in particolare dalla CEDU) la cui funzione, appunto, è quella di dar concretezza agli obblighi di carattere internazionale che la Costituzione intende garantire con la conseguenza che la legge interna confliggente con il trattato si pone in contrasto 'indiretto' con la norma costituzionale e siffatto contrasto non può che risolversi nella proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

In terzo luogo, se è vero, per un verso, che al giudice comune è inibita la disapplicazione della norma interna contrastante con la norma convenzionale, il ruolo del giudice nella dinamica dell'applicazione del diritto internazionale pattizio risulta, per così dire, assai valorizzato. Il giudice è infatti chiamato a risolvere l'eventuale antinomia tra norma interna e norma convenzionale ricorrendo all'interpretazione conforme della legge interna rispetto al trattato, a muoversi insomma nella prospettiva

---

incondizionata da sostituirsi, senza margini di ambiguità, a quella interna riconosciuta contraria alla Convenzione, laddove la rimessione alla Corte costituzionale, dovrà essere limitata alle sole questioni che pur in presenza di una regola CEDU autoapplicativa, evidenzino un possibile contrasto tra quest'ultima e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale». In senso del tutto opposto la posizione espressa da Cass. Civ., Sez. I, 14 gennaio 2008, n. 14 che, in asserita applicazione dei principi affermati dalla Corte costituzionale, ha ritenuto di non conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo procedendo ad una disapplicazione 'rovesciata', vale a dire alla disapplicazione della norma internazionale in contrasto con la norma interna, come ricorda CATALDI, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, cit., p. 333.

<sup>8</sup> In realtà l'affermazione della natura *sub-costituzionale* delle norme del Trattato, la quale sembra comportare l'affermazione di una loro posizione gerarchica peculiare, non appare corretta come ha acutamente rilevato S.M. CICCONE, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2008, p. 565 ss., il quale, svolgendo un'ampia analisi sui meccanismi di adattamento, conclude nel senso che le norme di esecuzione della CEDU, «create sulla base dell'ordine di esecuzione di cui all'art. 2 della l. 4 agosto 1955, n. 848, sono qualificabili come norme interposte di grado legislativo aventi la funzione di parametro in rapporto all'art. 117 comma 1, senza dover postulare, a questo fine, un loro grado gerarchico sub costituzionale». Il tema è stato poi ripreso dallo stesso autore nel saggio *Tipologia, funzione grado e forza delle norme interposte*, in «Diritto e società», 2011, p. 721, ss.

della ricerca di ogni possibile soluzione interpretativa che renda la norma interna compatibile con la norma di esecuzione dell'atto internazionale, utilizzando la proposizione della questione di costituzionalità come soluzione ultima ed estrema nella quale la norma CEDU svolgerà il ruolo di parametro integrativo della disposizione costituzionale. E tale sforzo interpretativo dovrà assumere come parametro la norma convenzionale nella interpretazione fornita dal giudice della Convenzione, con una operazione che, a sua volta, richiederà uno sforzo interpretativo ulteriore e talvolta più complesso. Ed infatti la capacità condizionante delle interpretazioni individuate dalla Corte europea varierà, come è stato, di recente, acutamente osservato<sup>9</sup>, in ragione della circostanza che l'interpretazione della Corte di Strasburgo discenda da una specifica sentenza di condanna relativa allo Stato cui appartiene il giudice chiamato a interpretare (ed in tal caso rivelerà una forza condizionante più stringente) ovvero concernente Stati diversi rispetto a quello cui appartiene il giudice rispetto al quale il monopolio interpretativo della Corte europea dovrà e potrà conciliarsi con il principio del 'margine di apprezzamento' contenuto nella stessa Convenzione<sup>10</sup>.

In quarto luogo, la posizione assunta dalla Corte sembra avere escluso in maniera decisa che l'innovazione introdotta dall'art. 117, 1° comma, abbia inciso anche sui meccanismi di adattamento. In particolare sembra doversi escludere che si possa parlare di una estensione del meccanismo di adattamento automatico anche al diritto internazionale pattizio<sup>11</sup> a somiglianza dello strumento già previsto dall'art. 10 Cost. per il diritto internazionale generale. In realtà alla tesi secondo cui la previsione di un generale vincolo legislativo gravante sul legislatore, sia statale che regionale, di rispetto degli obblighi internazionali comporti che i trattati siano automaticamente immessi senza necessità di un ordine di esecuzione, sembra potersi replicare che proprio la svolta giurisprudenziale del 2007 milita in senso contrario. Per un verso, infatti, la Corte tiene distinto il meccanismo di cui all'art. 10 Cost. e non sembra in alcun modo attribuire all'art. 117 il significato della estensione del sistema

<sup>9</sup> Vedi, sul punto le osservazioni di M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il 'caso' dell'art. 27, comma 3, Cost.* (in questo volume).

<sup>10</sup> Si mostra particolarmente critico nei confronti del vincolo discendente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, p. 301 ss, e spec., pp. 309-310 il quale rileva che il vincolo interpretativo non è affatto naturale ed addirittura può considerarsi inventato in quanto l'art. 46, par. 1, della Convenzione obbliga gli Stati a rispettare le sentenze definitive solo se pronunciate in controversie in cui sono parti.

<sup>11</sup> Cfr. al riguardo la posizione di A. D'ATENA, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in «Rassegna parlamentare», 2002, p. 924.

di adattamento automatico e, per altro verso, essa sembra far riferimento a norme convenzionali di volta in volta immesse nell'ordinamento, così da escludere che si possa ipotizzare l'avvenuta introduzione di una 'trasformazione permanente' al diritto internazionale pattizio.

Certo, anche con il quadro così delineato permangono problemi cui la risposta della giurisprudenza costituzionale può, in qualche modo, sembrare insufficiente.

Si è sottolineato, ad esempio, che una qualche ombra sulla tecnica della utilizzazione della norma pattizia in chiave di norma interposta possa discendere dalla possibilità che il giudice, operando alla necessaria ricerca dell'interpretazione conforme alla norma convenzionale, tralasci l'eventuale problema di una possibile incompatibilità di quest'ultima con il dettato costituzionale. È pur vero che la Corte, specie nella sentenza 311 del 2009, sottolinea come il possibile verificarsi di una tale ipotesi, per quanto appartenga al novero delle eventualità più remote, imporrà che la Corte stessa verifichi la costituzionalità della relativa norma di adattamento, ma è anche vero che questa preliminare operazione non sembra imposta al giudice quando opererà alla ricerca della possibile interpretazione conforme e, constatata l'impossibilità, solleverà la questione di legittimità costituzionale.

È stato osservato<sup>12</sup>, al riguardo, che nella stessa logica seguita dalla Corte sarebbe stato più opportuno che il giudice, preliminarmente, si desse carico della compatibilità della norma pattizia con i principi costituzionali prima ancora di procedere all'interpretazione conforme e eventualmente investisse la Corte del dubbio concernente ambo le norme (quella pattizia rispetto alla Costituzione, e quella interna rispetto alla norma [interposta] del trattato).

Ma forse il problema più ampio riguarda l'applicabilità dei principi consolidati nella giurisprudenza costituzionale a tutte le norme internazionali di origine pattizia, alle norme, in altri termini, diverse dalla CEDU che ha costituito, ad un tempo, l'occasione ed il modello per la svolta interpretativa del giudice delle leggi intorno al ruolo ed al significato dell'art. 117, 1° comma, Cost.

<sup>12</sup> Si vedano, al riguardo, le osservazioni critiche di P. CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, pp. 311-320, il quale si sofferma poi sull'ulteriore profilo problematico concernente l'affermazione secondo cui il controllo di costituzionalità 'stretto' rispetto alle norme CEDU abbia poco senso in relazione ad una convenzione che contempla diritti fondamentali in larga misura recepiti dalla Costituzione italiana sicché «le possibili ipotesi di contrasto si muovono più sul terreno della misura accordata ai singoli diritti, piuttosto che su quello della violazione indiretta del parametro costituzionale».

### 3. *L'estensione dell'ambito di operatività della formula 'obblighi internazionali'*

Veniamo così al punto centrale di queste brevi riflessioni. A me pare che il problema dei trattati diversi dalla CEDU sia suscettibile di essere sdoppiato in due diversi, sia pure complementari, aspetti.

Il primo di questi riguarda l'estensione dell'ambito dell'area di operatività della formula 'obblighi internazionali', riguarda, in altri termini, il significato che deve attribuirsi alla formula, certamente assai vasta e generica, contenuta nella disposizione costituzionale. Se è vero, infatti, che la costruzione offerta dalla giurisprudenza costituzionale si svolge ripetutamente con un riferimento, se si vuole, altrettanto generico a tutti gli obblighi internazionali, è però indiscutibile che il ragionamento è poi condotto alla luce della specificità che contrassegna il trattato CEDU.

Il secondo aspetto, più ampio e complesso, concerne invece – una volta delimitato l'ambito di operatività della disposizione costituzionale – il modo in cui debba essere inteso il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali rispetto ai trattati diversi dalla CEDU che non prevedono la presenza di un giudice appositamente istituito per assicurare l'uniformità dell'interpretazione della norma pattizia e garantire il rispetto ad opera degli Stati contraenti. Se, insomma, la Convenzione europea (o, meglio le norme di adattamento) non si differenziano sul piano delle fonti rispetto ad altri trattati, secondo la giurisprudenza costituzionale, è però innegabile che la peculiarità di quel trattato abbia giocato un ruolo determinante nella interpretazione dell'art. 117 offerta dalla Corte, sia in riferimento alla presenza del giudice della Convenzione (la Corte di Strasburgo), sia in riferimento alla questione della differenziazione rispetto al diritto comunitario dal quale la Corte ha fatto derivare il divieto di disapplicazione della norma interna confliggente, con la conseguenza che, quanto meno, su questi due specifici punti si pone il problema di verificare la tenuta dello schema costruito dalla giurisprudenza costituzionale, ovvero di verificare se con riferimento agli 'altri' trattati si configurino modalità diverse di rispetto del principio introdotto con il novellato art. 117 Cost.

Quanto al primo dei due profili, nonostante sia stata autorevolmente prospettata una interpretazione che, facendo leva sulla formulazione letterale della disposizione costituzionale, giunge a prospettare un obbligo di conformazione rispetto a tutti gli obblighi internazionali alla sola condizione del loro perfezionamento con la stipulazione e con la ratifica, anche quando non seguita dall'adattamento, in quanto – si sostiene – il dovere di rispetto «prescinde dall'*an* come dal 'quando' esso sia recepito

nell'ordinamento interno»<sup>13</sup>, la tesi indubbiamente prevalente è quella che circoscrive gli 'obblighi' solo in riferimento ai trattati per i quali vi sia stata una espressa deliberazione parlamentare.

Ciò, nonostante le ambiguità contenute nella legge n. 131 del 2003, la quale è stata approvata espungendo dal suo testo proprio l'espressione che ancorava gli obblighi ai soli trattati internazionali ratificati a seguito di legge di autorizzazione. È nettamente prevalsa, pertanto, una interpretazione di tipo sistematico che, facendo leva anche sulla norma contenuta nell'art. 80 Cost. (la quale, come è noto, richiede l'autorizzazione delle Camere per la ratifica dei trattati internazionali che comportano modificazioni delle leggi in vigore), mira così ad escludere la possibilità che anche accordi in forma semplificata o ratificati in assenza di legge di autorizzazione, possano configurare obblighi di conformazione in capo al legislatore ordinario<sup>14</sup>. Ora se questa delimitazione si rivela particolarmente significativa perché in fondo impedisce che atti diversi da una fonte di livello primario possano vincolare proprio lo stesso legislatore<sup>15</sup>, resta il fatto che l'area degli atti dai quali discendono obblighi internazionali rimane pur sempre di grande ampiezza. Ciò non solo perché lo stesso campo dei trattati concernenti il sistema dei diritti si è andato progressivamente estendendo e rafforzando, ma anche perché in questa area insistono trattati ed accordi anche di natura assai diversa, multilaterali o anche solo bilaterali, concernenti i settori più disparati che vanno dagli accordi di natura commerciale a quelli di cooperazione industriale di vario genere (tanto per citare solo alcuni esempi). Proprio in questa eterogeneità e varietà degli obblighi internazionali è stata individuata una zona critica sul modo di intendere il ruolo dell'art. 117 disegnato dalla Corte, sia perché l'appiattimento di tutti i trattati 'sullo stesso gradino altissimo' finirebbe per oscurare la realtà delle relazioni internazionali e far dimenticare come con i trattati 'si possa fare, si sia fatto e si faccia di tutto, dalle cose più alte alle più basse'<sup>16</sup>, sia perché essa costituirebbe il

<sup>13</sup> Così F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, CEDAM, Padova 2009, p. 137.

<sup>14</sup> Osserva al riguardo CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, cit., p. 467 che, con riferimento ad una interpretazione letterale dell'art. 117, si potrebbe «addirittura concludere che il vincolo alla funzione legislativa possa sorgere anche rispetto ad accordi conclusi dall'Esecutivo in violazione rispetto alla procedura costituzionale prevista dall'art. 80 Cost. Questa interpretazione sarebbe però irragionevole. Essa, infatti, capovolgerebbe completamente la logica istituzionale sulla quale è fondato l'art. 80 [...] che ha precisamente lo scopo di tutelare le prerogative legislative da interferenze dell'esecutivo».

<sup>15</sup> Vedi, sul punto, le considerazioni di G. PARODI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano 2013, p. 31.

<sup>16</sup> Le espressioni tra virgolette sono di CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale*, cit., p. 306.

presupposto di un eccessivo irrigidimento della legislazione in quei settori occupati, per così dire, dalla normazione convenzionale dove il legislatore non può far altro che arretrare o comunque non contraddire la disciplina pattizia. Ma di là da questi profili critici rimane il problema di verificare se nei confronti degli obblighi diversi dalla CEDU, di quegli obblighi cioè che non condividano (per usare le stesse espressioni della Corte) ‘struttura’ ed ‘obiettivi’ della CEDU, si possa ipotizzare l’utilizzazione di strumenti diversi rispetto allo schema «interpretazione conforme alla CEDU (con vincolo interpretativo alla giurisprudenza di Strasburgo) – proposizione della questione di legittimità».

#### *4. Il vincolo al rispetto degli obblighi internazionali nei confronti dei trattati diversi dalla CEDU: in particolare i criteri alternativi alla proposizione della questione di costituzionalità per assicurare la conformità della norma interna al trattato*

Invero, già subito dopo la svolta giurisprudenziale del 2007, si era sottolineato come le motivazioni delle due decisioni in punto di divieto di disapplicazione delle norme interne contrastanti manifestassero un qualche segno di incertezza e di disarmonia tra le due decisioni, l’una (la sent. 348) sembrando voler far leva sulla maggior capacità di resistenza della CEDU, l’altra (la sent. 349) ponendo l’accento sulla struttura e le caratteristiche delle norme convenzionali, con la conseguenza di lasciare in ombra la ragione per la quale si debba sempre rinunciare alla possibilità di una applicazione diretta della norma convenzionale (quanto meno quando sia successiva a quella configgente interna). Si poneva così in evidenza come in realtà lo schema della necessaria instaurazione del giudizio di costituzionalità (fallito il tentativo di interpretazione conforme) non necessariamente avrebbe dovuto ritenersi come preclusivo di altri strumenti mediante i quali assicurare l’applicazione della norma pattizia ove quest’ultima presentasse una diversa struttura rispetto alla CEDU, quali ad esempio l’accertamento dell’avvenuta abrogazione ovvero l’utilizzazione del criterio di specialità<sup>17</sup>. In altri termini, dinanzi a trattati diversi dalla

---

<sup>17</sup> Sul punto cfr. le riflessioni di S. BARTOLE, *Integrazione e separazione della tutela costituzionale e convenzionale dei diritti umani*, in «Diritti umani e diritto internazionale», 2008, pp. 292-293, il quale rileva come non risulti chiara la ragione per la quale «si debba rinunciare – a favore del giudizio di costituzionalità – ad un’applicazione diretta di norma convenzionale successiva nel tempo ed idonea ad abrogare quella nazionale di

CEDU, fermo restando che la disapplicazione della norma interna contrastante con la norma internazionale verrebbe a porsi in insanabile contrasto con la giurisprudenza costituzionale, non sembra tuttavia potersi escludere che i giudici, nella concreta esperienza dell'applicazione di norme pattizie di diversa natura, possano utilizzare strumenti che consentano di giungere alla prevalenza della disciplina convenzionale (e, dunque, al pieno rispetto degli obblighi internazionali) senza necessariamente sollevare la questione di costituzionalità per violazione della norma interposta. Proprio muovendo da questi spunti, specie in riferimento alla perdurante possibilità di utilizzazione concreta dell'abrogazione ovvero dello strumento offerto dal criterio di specialità, un'ampia e accurata analisi critica di qualche anno successiva alla svolta giurisprudenziale del 2007 ha posto in evidenza come i giudici, con riferimento a trattati diversi dalla CEDU, si siano ritagliati spazi che «in modo più o meno ortodosso [...] consentono loro di far prevalere la disciplina internazionale senza passare attraverso il giudizio di costituzionalità»<sup>18</sup>. Siffatta attività interpretativa si è mossa in almeno tre direzioni che possono così sinteticamente essere riassunte: a) l'utilizzo dell'interpretazione conforme; b) il ricorso al criterio di specialità; c) l'accertamento dell'abrogazione. Quanto al primo strumento può pacificamente affermarsi che non si tratta della utilizzazione di un canone interpretativo sorto in occasione dell'interpretazione dell'art. 117, bensì di un canone già largamente in uso, addirittura nell'ambito degli stessi trattati internazionali. Ciò che finisce per rendere l'utilizzo di questo canone potenzialmente più proficuo in relazione agli atti diversi dalla CEDU è, con evidenza, il suo risultare del tutto sciolto da una interpretazione vincolante della norma pattizia, quale è quella che discende dalla Corte europea. Con la conseguenza che il giudice potrà compiere operazioni interpretative caratterizzate da un margine certamente più ampio di duttilità e dalla conseguente possibilità di avvicinare il significato delle due norme (quella convenzionale e quella interna) con maggiore facilità. In realtà siffatto criterio sembra poter trovare (o aver già trovato) uno spazio particolarmente ampio, come in qualche modo confermato dalla sostanziale carenza di

---

legge ordinaria con essa configgente, ovvero perché quella stessa norma convenzionale atta ad avere eventualmente diretta applicazione non possa essere preferita, in base ad ovvie considerazioni di specialità, ad una norma ordinaria successiva».

<sup>18</sup> L'espressione è di E. LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, in *Corte Costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Giuffrè, Milano 2010, p. 110, cui si deve fino ad oggi lo studio più accurato sul tema degli obblighi scaturenti da convenzioni internazionali diverse dalla CEDU.

questioni di costituzionalità che assumano come parametro convenzioni diverse dalla CEDU<sup>19</sup> a testimonianza di una attività interpretativa che verosimilmente ha raggiunto conclusioni accettabili sul punto del rispetto degli obblighi internazionali senza necessità di ricorrere alla proposizione della questione di costituzionalità.

In qualche modo connesso al canone dell'interpretazione conforme si rivela poi l'utilizzazione del criterio di specialità, criterio che, già antecedentemente alla riforma del 2001, era largamente utilizzato dalla giurisprudenza comune al fine di assicurare l'osservanza degli obblighi immessi nell'ordinamento interno. Posto che tale criterio sembra poter essere utilizzato solo con riferimento ai trattati cui sia stata data esecuzione nell'ordinamento interno mediante uno dei meccanismi di adattamento, in quanto per sua natura applicabile tra fonti di pari grado (ossia entrambe dotate della forza della legge ordinaria), appare condivisibile la tesi secondo cui l'applicazione di questo criterio debba essere intesa in senso rigoroso e, in qualche misura, restrittivo, vale a dire come accertamento ad opera del giudice della prevalenza della norma speciale (pattizia) al singolo caso, al caso cioè al quale la singola, specifica norma risulti applicabile in relazione alla concreta fattispecie. Finirebbe, infatti, per urtare decisamente con lo schema offerto dalla giurisprudenza costituzionale (per come lo si è delineato in precedenza) l'utilizzazione del criterio di specialità in una accezione più ampia, vale a dire come generale specialità (e, dunque, prevalenza) di ogni norma pattizia recepita sulla confliggente norma interna fino al momento in cui il legislatore nazionale non avesse manifestato la contraria volontà di venir meno agli obblighi contratti sul piano internazionale. Tesi questa che, pur autorevolmente sostenuta<sup>20</sup>, finirebbe, ove accolta nella sua interezza,

<sup>19</sup> Osserva LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, cit., p. 114, al riguardo, che «è proprio la possibilità per ogni giudice di determinare autonomamente il contenuto dell'obbligo internazionale che offre una seconda spiegazione della mancanza di questioni di legittimità costituzionale aventi come unico parametro interposto un trattato diverso dalla Convenzione europea».

<sup>20</sup> Vedi sul punto B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2010, p. 329, il quale osserva: «il principio di carattere interpretativo, secondo cui il trattato internazionale, una volta introdotto nell'ordinamento interno, prevale finché non si dimostri la volontà del legislatore di venir meno agli impegni internazionali, è, come chi scrive ha sempre sostenuto, un principio di specialità *sui generis*, di una specialità che non va confusa con quella *ratione materiae* o *ratione personarum*: la specialità consiste per l'appunto nel fatto che la norma internazionale è sorretta non solo e non tanto dalla volontà che certi rapporti siano regolati in un certo modo quanto dalla volontà che gli obblighi internazionali siano rispettati. Così inteso – ed in ciò modifichiamo un'opinione espressa in precedenti edizioni di questo libro – il principio di specialità dei trattati è applicabile anche quando l'adattamento ad un trattato abbia avuto luogo con procedimento ordinario e sempre che

per elidere radicalmente ogni possibile configurazione della norma pattizia come norma interposta nel giudizio di costituzionalità, o meglio per eliminare del tutto l'esigenza del controllo di costituzionalità sulla norma interna confliggente con quella convenzionale. D'altra parte le stesse sentenze 'gemelle' del 2007 (e la giurisprudenza costituzionale successiva) non sembrano contraddire la possibilità del ricorso al predetto criterio nei termini delineati. Ed anzi la sent. 349/07, contenendo una (peraltro isolata) esortazione ai giudici ad avvalersi della presunzione di conformità della norma interna alla norma pattizia sembra lasciare spazio alla utilizzazione del principio di specialità. In qualche modo, dunque, l'uso di questo criterio sembra poter rappresentare una attività preliminare e doverosa da parte del giudice, una attività che può inquadrarsi nella più ampia ricerca di una interpretazione compatibile con il trattato recepito (e, dunque, con il principio costituzionale), posto che la proposizione della *quaestio legitimitatis* rappresenta pur sempre 'l'ultima spiaggia', una volta falliti i tentativi svolti sul piano ermeneutico<sup>21</sup>.

Quanto, infine, al possibile uso dell'istituto dell'abrogazione non sembra vi possano essere ostacoli al suo utilizzo purché sussistano due condizioni, ossia che si tratti di una norma pattizia posteriore alla norma interna e che la stessa norma pattizia sia dotata di quel contenuto di specificità e di immediata applicabilità che ne consenta il raffronto con la norma interna precedente. Situazione, questa, che difficilmente può essere predicata in capo alla CEDU, il cui contenuto è prevalentemente caratterizzato da norme di principio non dissimili dalla struttura tipica delle norme costituzionali, mentre più facilmente si può riscontrare in altri trattati recepiti nell'ordinamento interno e costruiti mediante disposizioni che si presentano di immediata e diretta applicazione<sup>22</sup>. Naturalmente la

---

sia possibile stabilire in un qualsiasi modo che le norme interne di adattamento, sebbene riformulate, siano state emanate proprio per rispettare gli impegni internazionali».

<sup>21</sup> Osserva, al riguardo LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, cit., p. 121, che «l'unica differenza con il ricorso all'interpretazione conforme all'obbligo internazionale avente ad oggetto una specifica disposizione di legge interna è che in questo caso il giudice procede a una sorta di interpretazione conforme al vincolo internazionale 'di sistema', al termine della quale riscontra che l'eventuale questione di legittimità costituzionale della norma interna difforme dall'obbligo internazionale risulta non rilevante, invece che manifestamente infondata». Sul punto si veda altresì E. CANNIZZARO, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in «Rivista di diritto internazionale», 2008, p. 140.

<sup>22</sup> È tuttavia da ricordare, come osserva esattamente G. CATALDI, *Rapporti tra norme internazionali e norme interne*, in *Digesto Discipline pubblicistiche*, vol. XII, Torino 1997, p. 400 ss., che non può escludersi che norme che appaiano incomplete possano invece

ulteriore condizione alla stregua della quale è possibile far uso dello strumento abrogativo risiede nella sensibilità del giudice che non può ricorrere ad abrogazioni, per così dire, mascherate per realizzare una disapplicazione della norma interna, sia perché una simile operazione urterebbe frontalmente con l'impostazione accolta dalla Corte costituzionale, sia perché, ovviamente, si verrebbero a confondere istituti che si muovono su piani teorici radicalmente diversi, rispondendo la disapplicazione a logiche e presupposti del tutto differenti dalla incompatibilità cronologica. È verosimile ritenere, pertanto, che il ricorso all'abrogazione si affermi (o, forse, più correttamente, continui ad essere utilizzato) dalla giurisprudenza comune, relegando, così, correttamente, il ricorso alla proposizione della questione di costituzionalità alle sole ipotesi di impossibilità di accertare l'avvenuta abrogazione<sup>23</sup> (ovvero di ricorrere agli altri strumenti di cui si è detto) per assicurare il rispetto degli obblighi internazionali. È quasi superfluo, peraltro, sottolineare che l'uso dei criteri di cui si è detto si muove sul piano delle singole questioni che, di volta in volta, si presentano all'esame del giudice comune; assume, in altri termini, una rilevanza *inter partes*, mentre, ovviamente, la proposizione della questione di legittimità, se è poi seguita dalla declaratoria di illegittimità della norma interna incompatibile, è l'unica a dispiegare una efficacia *erga omnes*, ad espungere in via definitiva dall'ordinamento una disposizione che contrasta con l'obbligo internazionale. Nonostante ciò l'uso ad opera del giudice dei criteri in parola (ed in particolare del criterio di specialità e dell'accertamento dell'abrogazione) rispetto alla pluralità degli obblighi internazionali diversi dalla CEDU non sembra incompatibile con la costruzione della Corte in termini di garanzia del rispetto degli obblighi mediante la proposizione della questione di legittimità, condizionata dai caratteri strutturali della CEDU, ed in particolare, dalla necessità di assicurare la costante prevalenza delle relative norme, nella interpretazione offerta dalla Corte EDU, e dai suoi obiettivi.

---

essere suscettibili di immediata applicazione mentre anche norme dettagliate possano risultare non *self-executing* in virtù di una sorta di reazione di rigetto dell'ordinamento interno. Sui caratteri delle norme patrizie *self-executing* si veda l'ampia analisi contenuta nel lavoro di S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Giuffrè, Milano 1999, p. 67 ss.

<sup>23</sup> Osserva sul punto LAMARQUE, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, cit., p. 127 che l'alternativa tra accertamento dell'avvenuta abrogazione da parte dell'autorità giudiziaria o dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della Corte risulta «del tutto analoga a quella sulla quale prese posizione la prima sentenza della Corte costituzionale, la n. 1/56, in riferimento alle leggi anteriori alla Costituzione repubblicana ritenute incompatibili con una norma costituzionale sopravvenuta».

Se poi l'uso di questi strumenti si affermi, in concreto, nelle esperienze dei giudici comuni è operazione di difficile verifica richiedendo una ricerca ed una analisi di dati di problematica reperibilità ed un monitoraggio costante della produzione giurisprudenziale a vario livello non sempre agevole. In alcune analisi dedicate, di recente a specifici trattati, quali ad esempio la Carta sociale europea<sup>24</sup>, emerge soprattutto il dato secondo cui i giudici, di fronte a norme che individuano prevalentemente principi, sono propensi a riconoscere all'obbligo internazionale soprattutto il ruolo di criterio interpretativo, o più correttamente ad attribuirgli una efficacia in funzione integrativa della norma interna diretta a pervenire a interpretazioni che si orientino verso il sostanziale rispetto della norma internazionale<sup>25</sup>. Quanto alla giurisprudenza costituzionale, può essere utile rilevare che, almeno con riferimento all'anno 2013, una sola questione (quella decisa con la sent. 7 del 2013) ha visto affrontare direttamente una situazione in cui entravano in gioco impegni internazionali ratificati e resi esecutivi nell'ordinamento interno. Si trattava della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e della analoga Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli adottata dal Consiglio d'Europa (entrambi ratificati e resi esecutivi con legge. La Corte è pervenuta all'annullamento della norma interna (nella specie l'art. 569 del c.p.) la quale, precludendo al giudice ogni possibilità di valutazione dell'interesse del minore in conseguenza dell'automatica perdita della potestà genitoriale nell'ipotesi di accertato delitto di soppressione di stato, violava i due trattati, considerati norme interposte nel giudizio di costituzionalità e, pertanto, si poneva in contrasto con l'art. 117 Cost. La decisione conferma, in fondo, che dinanzi a trattati, diversi dalla CEDU, contenenti prevalentemente norme di principio, la via obbligata rimane quella della proposizione della questione di costituzionalità<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Vedi al riguardo la ricerca di G. GUIGLIA, *La rilevanza della Carta sociale europea nell'ordinamento italiano: la prospettiva giurisprudenziale*, in «Federalismi.it», n. 18 del 2013 <[http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3224/++la\\_rilevanza\\_.pdf](http://www.uilpadirigentiministeriali.com/attachments/article/3224/++la_rilevanza_.pdf)> (ultimo accesso 18.08.2014).

<sup>25</sup> La funzione di ausilio all'interpretazione svolta dalle norme pattizie era stata sottolineata, già prima della riforma del 2001, da M. RUOTOLO, *La funzione ermeneutica delle convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in «Diritto e società», 2000, p. 291 ss.

<sup>26</sup> Su questa decisione, vedi V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la 'dottrina' del 'parametro interposto'*, in «Diritto penale contemporaneo», 2013.

*Ensuring compliance with international conventions  
except the European convention on human rights (ECHR)  
in the Italian legal order*

Starting from the case law relating to the legal instruments provided for in the Italian legal order to ensure compliance with the European Convention on Human Rights (ECHR), the a. addresses the problem whether other instruments not involving a recourse to the Constitutional Court can be resorted to as regards other international treaties outside the ECHR.

SEZIONE TERZA  
INTEGRAZIONE REGIONALE  
E RUOLO DEI GIUDICI



Antonietta Di Blase\*

*Corte europea dei diritti dell'uomo e Diritto internazionale  
privato dell'Unione europea*

Nel campo del diritto internazionale privato, il rispetto dei diritti umani ha assunto un ruolo cruciale e strettamente correlato all'ordine pubblico, che può essere invocato per escludere l'applicabilità di una sentenza straniera o il suo riconoscimento ed esecuzione se in contrasto con i fondamentali valori codificati nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo (CEDU). In tal senso, la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) può certamente influire sugli orientamenti dei giudici nazionali in sede di applicazione del diritto internazionale privato e contribuire a rimodellare la stessa nozione di ordine pubblico, che non può essere considerato soltanto con riferimento alla sfera giuridica interna allo Stato, ma anche tenendo conto degli standard garantiti a livello europeo.

Il metodo seguito nel campo della cooperazione giudiziaria in materia civile dalle istituzioni dell'UE – specialmente la Corte di giustizia – sembra in sintonia con la prassi della Corte EDU. Anche se talvolta le esigenze connesse al buon funzionamento del mercato interno sembrano in qualche modo circoscrivere la rilevanza dei diritti umani nel campo dei conflitti di leggi e della competenza giurisdizionale, si riscontra tuttavia che la Corte di giustizia UE ha sempre dato grande rilievo ad alcuni principi fondamentali, quali il giusto processo e l'accesso alla giustizia. L'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'UE consente di ampliare la tutela anche a persone prive della cittadinanza europea. Rimangono da risolvere alcuni problemi di coordinamento tra Corte di giustizia UE e Corte EDU: l'adesione dell'UE alla CEDU consentirebbe di realizzare un progresso in quella direzione.

*1. Premessa*

L'incidenza del diritto internazionale privato sulla tutela dei diritti fondamentali è indiretta, avendo per obiettivo essenzialmente l'identificazione

---

\* Antonietta Di Blase è Professore ordinario di Diritto internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi Roma Tre, dove è anche titolare del corso di Diritto internazionale privato. Fa parte del collegio docenti del dottorato in Mercato, impresa e consumatori nell'Università degli studi Roma Tre. È membro del Comitato di redazione della Rivista di diritto internazionale privato.

delle regole che disciplinano situazioni di estraneità o la disciplina degli effetti delle decisioni adottate all'estero. Ciò non esclude la possibilità che la corretta applicazione delle norme in materia di diritto internazionale privato possa essere oggetto di un giudizio della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU). La verifica da parte di quest'ultima potrebbe riguardare il mancato utilizzo della clausola dell'ordine pubblico da parte del giudice, oppure l'accoglimento di una nozione di ordine pubblico che non tenga conto di valori diversi o più ampi rispetto a quelli che si ricavano dall'ordinamento nazionale del giudice.

Nel caso in cui le norme di diritto internazionale privato non consentano al giudice nazionale alcuna discrezionalità nell'applicazione della norma straniera individuata dal legislatore per disciplinare il caso concreto o di rifiutare l'esecuzione di una sentenza emanata all'estero, il sindacato della Corte europea potrebbe riguardare la compatibilità delle norme in materia di diritto internazionale privato con i diritti umani. Il problema se tali norme siano assoggettabili a sindacato, nonostante il loro carattere strumentale alla individuazione del diritto da applicare al caso concreto, è già stato affrontato e risolto. Al riguardo è sufficiente richiamare le sentenze della Corte costituzionale italiana sul ricorso di incompatibilità degli artt. 18, 19 e 20 delle disposizioni preliminari al codice civile che, in assenza di identità di cittadinanza dei coniugi, assegnavano la prevalenza alla legge nazionale del marito: la Corte le ha ritenute in contrasto con il divieto fondamentale di discriminazione in base al sesso. A tale risultato la Corte è pervenuta non già sulla base della verifica circa gli effetti concreti dell'applicazione della legge nazionale del marito e l'eventuale svantaggio per il coniuge di sesso femminile, ma bensì ritenendo che quelle norme di conflitto fossero incompatibili rispetto al sistema dell'ordinamento e ai valori fondamentali in esso presenti<sup>1</sup>. Il sindacato della Corte europea potrebbe avere quale parametro di riferimento i valori fondamentali ricavabili a livello regionale e universale. Si potrebbe ritenere che tale verifica rappresenti un valore intrinseco allo stesso diritto internazionale privato, finalizzato come esso è a recepire la normativa propria di ordinamenti stranieri nell'ottica di una apertura verso valori esterni alla realtà nazionale. Il processo di codificazione delle norme uniformi avviato da tempo dalla

---

<sup>1</sup> Le sentenze della Corte Costituzionale cui ci si riferisce sono la n. 71 del 5 marzo 1987, la n. 477 del 10 dicembre 1987 e la n. 254 del 4 luglio 2006, relative agli articoli 18 e, rispettivamente, 20 e 19 disp. prel. al codice civile italiano. Sulla configurazione della norma di conflitto come oggetto del sindacato di legittimità costituzionale cfr. M.E. CORRAO, *Il giudizio sulla legittimità costituzionale delle norme di conflitto*, in «Rivista di diritto internazionale», 1988, p. 303 ss.

Conferenza dell'Aja a livello universale e, a livello regionale, dall'Unione europea, dimostra la tensione verso il progressivo abbattimento delle frontiere giuridiche in vista di interessi che sono al tempo stesso di tipo mercantile, ma che possono essere collegati in una visione idealistica al perseguimento dell'obiettivo ideale della 'federazione volontaria' tra gli Stati, per il superamento degli egoismi nazionali<sup>2</sup>.

La tematica relativa alla compatibilità fra le scelte operate in materia di diritto internazionale privato e le garanzie dei diritti umani si è arricchita parallelamente allo sviluppo vertiginoso delle relazioni transnazionali, con il coinvolgimento della Corte EDU. La verifica della Corte europea si è estesa alle modalità di applicazione delle norme dell'Unione europea (UE) in materia di diritto internazionale privato. L'obbligo di effettuare un riscontro e un bilanciamento tra le garanzie dei diritti fondamentali e gli obiettivi inerenti allo spazio europeo di giustizia ha riguardato i giudici nazionali chiamati ad applicare le norme comunitarie. Non c'è stata fino ad oggi una esplicita presa di posizione della Corte EDU riguardo al modo di configurarsi delle norme di diritto internazionale privato adottate dall'Unione europea. Peraltro, l'adozione della Carta dei diritti fondamentali ha contribuito a collocare le norme dello spazio di giustizia in una prospettiva di maggior respiro che valorizza la priorità da riservare ai diritti dell'uomo. Ciò potrebbe ridurre il rischio di una possibile contrapposizione tra gli orientamenti dell'Unione europea e quelli della Corte EDU riguardo alla compatibilità delle norme UE in materia di diritto internazionale privato.

Il presente scritto si propone di sottolineare l'apporto della Corte europea e la sua influenza sulla applicazione delle norme di conflitto da parte dei giudici nazionali. Tale problematica verrà affrontata anche con riferimento ai casi nei quali sono stati rilevati elementi critici e qualche incongruenza nelle norme dello spazio di giustizia rispetto alla necessità di salvaguardare la tutela di principi fondamentali, tra i quali il rispetto del giusto processo, nonostante gli sviluppi della normativa comunitaria nel senso di assicurare la tutela di quei principi.

## *2. Il limite dell'ordine pubblico al vaglio della Corte europea dei diritti dell'uomo*

Come è noto, in base al limite dell'ordine pubblico si può impedire

<sup>2</sup> Cfr. G.P. ROMANO, *Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice*, in «Revue trimestrielle de droit international», 2012, p. 59 ss.

l'ingresso nell'ordinamento nazionale di valori diversi rispetto a quelli che sono considerati irrinunciabili. Tale meccanismo, che si traduce in sostanza in una deroga rispetto alle norme cui il diritto internazionale privato rinvia, consente all'interprete di evitare rimedi più complessi, come ad esempio il coinvolgimento della Corte Costituzionale<sup>3</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo esiste una prassi importante che riguarda i procedimenti diretti a riconoscere status acquisiti all'estero o a dare efficacia alle sentenze straniere. Nel caso *Negropontis*, deciso il 3 maggio (causa n. 56759/08), la Corte ha valutato negativamente il mancato riconoscimento di uno *status* acquisito all'estero motivato in base al limite dell'ordine pubblico, ritenendolo suscettibile di determinare un impatto negativo rispetto ad un altro principio, quello della tutela della vita familiare di cui all'art. 8 CEDU, considerato dalla Corte prevalente rispetto ai valori di tipo religioso che, secondo il giudice greco, avrebbero dovuto impedire il riconoscimento del rapporto adottivo costituito negli USA da un monaco ortodosso<sup>4</sup>. In altri casi, il sindacato della Corte EDU, anziché riguardare la sostanza del rapporto, ha per oggetto la valutazione ed il bilanciamento effettuato dal giudice del riconoscimento nel valutare gli estremi della richiesta di *exequatur*. Il margine di apprezzamento lasciato al giudice non deve portare a risultati tali da restringere o ridurre l'accesso alla giustizia, che deve essere garantito ad ogni individuo, e pertanto la Corte europea ha ritenuto sproporzionata la pretesa di

---

<sup>3</sup> A. VIVIANI, *Coordinamento fra valori fondamentali internazionali e statali: la tutela dei diritti umani e la clausola di ordine pubblico*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 1999, p. 846 ss.; P. KINSCH, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, in «Recueil des Cours», 318, 2005, p. 206 ss.

<sup>4</sup> Nel caso *Negropontis* un vescovo greco residente negli USA, che aveva adottato suo nipote, otteneva dal giudice americano una pronuncia di adozione nel 1984. Alla morte del vescovo, in sede di giudizio sulla successione una sua sorella ricorreva al giudice greco, il quale riconosceva unici eredi del vescovo i fratelli e le sorelle. Nonostante che il nipote avesse ottenuto l'iscrizione del nome dello zio sulla sua carta d'identità, su istanza dei fratelli e delle sorelle del vescovo i giudici greci di ultima istanza dichiaravano che l'adozione da parte del vescovo era contraria all'ordine pubblico, in quanto contraria alle norme relative all'ordine monastico. Di qui il ricorso dell'adottato alla Corte europea per violazione, fra gli altri, degli articoli 6 ed 8 CEDU (equo processo e rispetto della vita familiare). La Corte EDU ha ritenuto che i motivi accolti dalla giurisdizione nazionale per rigettare l'istanza di riconoscimento della decisione statunitense di adozione fossero sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti, avendo come conseguenza la negazione dello *status* di figlio adottivo e la violazione dell'art. 6, oltre che dell'art. 8 CEDU. Già nel caso *Wagner*, deciso dalla Corte con sentenza del 28 giugno 2007 (causa n. 76240/01), il mancato riconoscimento per motivi di ordine pubblico di una decisione peruviana di adozione era stato ritenuto incompatibile con l'art. 8 e l'art. 6, non avendo i giudici del Lussemburgo preso in considerazione in misura adeguata le ragioni dei ricorrenti.

subordinare il riconoscimento all'osservanza di termini imposti dal giudice per riparare ad errori di trascrizione: se infatti il principio di legalità ha valore primario, la possibilità di ottenere il riconoscimento e l'esecuzione di una sentenza straniera costituisce parte integrante del diritto ad un ricorso al giudice per gli scopi dell'art. 6 CEDU<sup>5</sup>.

La verifica sull'operato del giudice dell'*exequatur* potrebbe anche ricollegarsi a vizi preesistenti non sufficientemente considerati in sede di *exequatur*: in tal caso, il sindacato della Corte europea ha il valore di una verifica indiretta, e rappresenta un rimedio per impedire di dare efficacia ad una sentenza il cui riconoscimento è suscettibile di ripercussioni negative in più ordinamenti diversi. Il coinvolgimento dello Stato dell'esecuzione sembra a tal fine essenziale allorché lo Stato di origine della sentenza non abbia aderito alla CEDU<sup>6</sup>.

Nel caso *Pellegrini*, deciso con sentenza del 20 luglio 2001, la Corte europea ha ritenuto che il giudice italiano avesse violato i principi dell'equo processo per aver deliberato la decisione di annullamento di un matrimonio in ottemperanza con gli obblighi esistenti nei confronti dello Stato della Città del Vaticano, senza procedere ad una valutazione completa circa il rispetto delle garanzie fondamentali dell'equo processo nel procedimento svolto davanti alle autorità ecclesiastiche in sede di annullamento del matrimonio, in esito al quale era stata emanata la sentenza deliberata in Italia<sup>7</sup>. Per questo motivo aveva ritenuto che l'Italia avesse violato l'art. 6 par. 1 CEDU.

Nel bilanciamento compiuto dalla Corte europea, i termini di raffronto non riguardano soltanto i principi dell'ordinamento interno e quelli che emergono in ambito regionale. In una serie di casi che si riferiscono, in particolare, alla giurisdizione ed al riconoscimento di sentenze in materia di sottrazione internazionale di minori, la Corte europea ha anche fatto riferimento a principi proclamati in convenzioni universali, come la Convenzione dell'Aja del 1980 e la Convenzione di New York del 1989, richiamando il superiore interesse del minore quale parametro per il bilanciamento che il giudice nazionale è chiamato ad effettuare nella soluzione dei casi giudiziari.

<sup>5</sup> Cfr. sentenza sul caso *Vrbica v. Croatia* del 1° aprile 2010 (causa n. 32540/05), par. 61.

<sup>6</sup> Tralasciamo di considerare i numerosi delicati problemi inerenti alla possibilità di considerare lo Stato del riconoscimento responsabile indirettamente della violazione compiuta nello Stato di origine unicamente in caso di violazione manifesta: su questo problema, alla luce di una analisi della giurisprudenza, cfr. O. LOPEZ PEGNA, *L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere*, in «Rivista di diritto internazionale», 2011, p. 33 ss.

<sup>7</sup> Cfr. C. FOCARELLI, *Equo processo e riconoscimento di sentenze straniere: il caso Pellegrini*, in «Rivista di diritto internazionale», 2001, p. 955 ss.

Significativo in tal senso è un passaggio contenuto nella sentenza resa dalla Grande Camera sul caso *X. v. Latvia* del 26 novembre 2013, nel quale la Corte rileva l'importanza di una applicazione armonica degli strumenti internazionali e fa riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1980<sup>8</sup>. Si tratta essenzialmente dell'obbligo per il giudice interno di istruire il caso dando spazio adeguato ai testi, all'ascolto del minore e a tutti gli elementi di valutazione che consentano di inquadrare adeguatamente la situazione del minore. Le considerazioni che hanno portato la Corte a ravvisare una violazione dell'art. 8 della CEDU sono sostanzialmente analoghe a quelle già espresse nel precedente caso *Šneerson & Kampanella v. Italy*, deciso con sentenza del 12 ottobre 2011, nella quale la Corte ha ravvisato la mancanza della dovuta considerazione, da parte del giudice dello Stato di origine, degli elementi relativi agli effetti psicologici del distacco del bambino<sup>9</sup>.

Tale attenzione della Corte europea per i principi enunciati nelle convenzioni universali sui diritti umani trova fondamento nel carattere consuetudinario riconosciuto all'obbligo di tutelare i rapporti familiari e i

<sup>8</sup> *X v. Latvia* (n. 27853/09), par. 94. Come la stessa Corte ha poi precisato nel successivo paragrafo (95): «*The decisive issue is whether the fair balance that must exist between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck, within the margin of appreciation afforded to States in such matters [...], taking into account, however, that the best interests of the child must be of primary consideration and that the objectives of prevention and immediate return correspond to a specific conception of the best interests of the child*». Il caso ha fatto comunque discutere, dal momento che la Corte europea non ha adeguatamente valorizzato gli aspetti connessi al sistema della Convenzione dell'Aja del 1980 che, analogamente al sistema *Bruxelles II-bis*, incentra nel giudice dello Stato della residenza abituale del minore prima della sottrazione la competenza a decidere riguardo al ritorno. Sull'argomento cfr. C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2013, pp. 5-42. Cfr. invece l'opposto orientamento seguito dalla Commissione interamericana nel caso *X e Z v. Argentina* nel Rapporto del 3 ottobre 2000 (n. 71/00 in <<http://www.cidh.org/annualrep/2000eng/ChapterIII/Merits/Argentina11.676.htm>> (ultimo accesso 14.07.2014): la Commissione ha escluso che l'Argentina avesse violato la Convenzione dell'Aja del 1980, in un caso nel quale le autorità argentine avevano ordinato l'immediato ritorno del bambino in Spagna prima ancora che il provvedimento quivi emanato divenisse definitivo. La Commissione ha sottolineato che lo scopo della Convenzione dell'Aja è quello di impedire che venga aggirata la legge pregiudicando gli interessi del minore ogni volta che uno dei genitori lo sposti illegalmente dal luogo della sua residenza abituale di quest'ultimo e cerchi di bloccare lo svolgimento del processo nel quale si decide la questione della custodia. Di conseguenza l'obbligo di eseguire l'ordine di ritorno vale anche nel caso in cui sia pendente l'appello contro tale provvedimento. Secondo la Commissione «*it cannot be said that immediate execution is incompatible with the object and purpose of the judicial proceeding [...] it might well be regarded as one possible way to fully comply with the obligations expressly set forth in the Hague Convention*» (par. 51).

<sup>9</sup> Caso n. 14737/09. Cfr. in particolare i par. 94-96. Sul successivo caso *Povse v. Austria* (sentenza del 18 giugno 2013) si veda *infra*, par. 3.

diritti del fanciullo, e all'obbligo per gli Stati di garantire l'equo processo. D'altra parte, dato il numero elevato di Stati che hanno aderito a quelle convenzioni, è frequente il caso che gli Stati coinvolti in una controversia per mancato rispetto di quei principi siano vincolati a dar seguito agli obblighi che ne derivano. Ciò legittima la Corte europea a tenerne conto ai fini della interpretazione della CEDU, secondo quanto è previsto nell'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, il quale stabilisce che ai fini della interpretazione di un trattato si possono prendere in considerazione anche norme risultanti da altre convenzioni concluse fra gli Stati parti. È evidente il ruolo che in tal modo può svolgere la giurisprudenza della Corte europea nel senso di un ampliamento dei parametri di riferimento che i giudici nazionali devono considerare al fine di una corretta applicazione del limite dell'ordine pubblico. Al tempo stesso, la Corte EDU svolge funzioni vicarie di controllo e di garanzia dell'uniformità nel metodo di applicazione di convenzioni universali come quella dell'Aja, priva di meccanismi di controllo di tipo giurisdizionale e può divenire un contributo di effettività ai principi ivi enunciati.

### *3. La convergenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'interpretazione delle norme in materia di diritto internazionale privato*

La censura sull'operato del giudice dell'*exequatur* da parte della Corte europea passa, come si è visto, attraverso una valutazione dell'*iter* argomentativo compiuto dal giudice, pur senza riguardare il merito della controversia. Nel contesto del sistema di Bruxelles sulla giurisdizione ed il riconoscimento delle sentenze, un elemento che potrebbe comprimere i margini di tale valutazione si potrebbe ricondurre alla esigenza della circolazione delle sentenze<sup>10</sup>. Tra le priorità alle quali risponde l'opera delle istituzioni dell'UE, e tra queste la Corte di giustizia, vi è quella di difendere lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e di perseguire l'obiettivo della integrazione fra gli ordinamenti degli Stati membri: ciò potrebbe indurre la Corte di giustizia a seguire una interpretazione restrittiva nel bilanciamento tra le garanzie dei diritti dell'uomo e le regole del sistema di diritto internazionale privato dell'UE. Viene in considerazione il principio

<sup>10</sup> Su questo problema cfr. C.E. TUO, *La rivalutazione della sentenza straniera nel regolamento Bruxelles I: tra divieti e reciproca fiducia*, CEDAM, Padova 2012, p. 154 ss.

fondamentale della reciproca fiducia tra gli Stati membri, che dovrebbe contribuire a rendere sostanzialmente equivalenti gli effetti dell'applicazione di norme dell'uno o dell'altro Stato membro o dell'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici dell'uno o nell'altro paese. In tale ottica si giustifica il progressivo affievolimento nella fase dell'esecuzione dei poteri di verifica, che rimangono in linea di principio una prerogativa del giudice di origine<sup>11</sup>, mentre l'accoglimento dell'eccezione del limite dell'ordine pubblico, che pure costituisce una clausola di salvaguardia presente nei regolamenti in materia di diritto internazionale privato, viene giustificata solo in casi estremi. Così, ad esempio, nella sentenza *Seramico* del 6 settembre 2012 (causa C-619/10) la Corte di giustizia, pronunciandosi sul problema se nel limite dell'ordine pubblico al riconoscimento di una sentenza emanata in un altro Stato membro rientrasse anche la mancata motivazione da parte del giudice di origine, ha statuito che spetta al giudice del rinvio verificare, alla luce delle circostanze concrete della controversia principale, in esito ad una valutazione globale del procedimento e degli elementi pertinenti, se la decisione da riconoscere comporti una lesione 'manifesta e smisurata' del diritto del convenuto a un equo processo, a causa dell'impossibilità di proporre ricorso contro tale decisione in maniera utile ed effettiva<sup>12</sup>.

Nonostante la diversa prospettiva seguita dalla Corte europea e dalla Corte di giustizia, sussistono motivi che fanno dubitare circa la probabilità che le due Corti pervengano a risultati opposti riguardo alla compatibilità fra i risultati cui perviene il giudice nell'applicare una norma in materia di diritto internazionale privato e i diritti dell'uomo. La Carta dei diritti fondamentali, nella quale risultano riprodotti e talvolta formulati in modo più dettagliato i principi enunciati nella CEDU, avendo inserito i diritti

---

<sup>11</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, caso *J.McB* par. 59.

<sup>12</sup> Secondo la Corte di giustizia, comunque, il giudice dell'*exequatur*, nell'applicare l'art. 34, par. 1 del Reg. 44/2001, è competente a verificare la concordanza tra le informazioni contenute nell'attestato del giudice di origine e le prove: «considerando che l'art. 6, par. 1 CEDU – corrispondente all'art. 47 della Carta –, è stato interpretato dalla Corte EDU nel senso che impone ai giudici nazionali l'obbligo di indicare i motivi, dovrebbe essere possibile per il giudice del rinvio ai sensi dell'art. 34, par. 1 del Regolamento rifiutare di riconoscere una decisione straniera che disattende detto obbligo» (par. 24). Esiste una importante giurisprudenza relativa al rispetto dei principi dell'equo processo: riguardo alla configurabilità del limite dell'ordine pubblico in caso di mancato rispetto del contraddittorio cfr., tra gli altri, il caso *Gambazzi* (sentenza del 2 aprile 2009 in causa C-394/07); riguardo all'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva cfr. il caso *Alassini* (sentenza del 18 marzo 2010, cause C-317-320/08).

fondamentali come parte integrante del sistema comunitario, è in grado di incidere profondamente sulla interpretazione ed applicazione delle regole inerenti allo spazio di sicurezza, giustizia e libertà. Ne consegue che il giudice dovrà interpretare le regole sullo spazio giudiziario non soltanto alla luce del principio della libera circolazione delle sentenze, ma anche dei principi sanciti dalla Carta, tra i quali il rispetto delle garanzie della difesa nel corso del processo svolto nel paese di origine (nella specie art. 48, par. 2)<sup>13</sup>.

Qualora il giudice si conformi ad una pronuncia della Corte di giustizia, la Corte europea dimostra la propensione a rigettare il ricorso per violazione delle norme CEDU. Ciò può spiegarsi, appunto, dato il rilievo assunto dai principi della Carta nel corso della procedura pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Così, ad esempio, nel caso *Povse v. Austria*, la Corte europea con sentenza del 18 giugno 2013 (n. 3890/11) ha ritenuto irricevibile il ricorso riguardante l'esecuzione da parte del giudice austriaco del provvedimento di ritorno di un minore emanato dalle autorità giudiziarie italiane in applicazione del Reg. 2001/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale (cd. *Bruxelles II-bis*): la Corte europea ha dato rilievo alla circostanza che il comportamento del giudice fosse conforme a quanto la Corte di giustizia aveva deciso in una precedente pronuncia pregiudiziale sullo stesso caso, nel senso che l'automaticità della esecuzione fosse strumentale rispetto ad una migliore tutela degli interessi del minore<sup>14</sup>, ed ha ritenuto che il diritto dell'UE sia in grado di assicurare una tutela equivalente, anche se non identica, a quella

<sup>13</sup> Cfr., tra l'altro, il seguente passaggio contenuto nella sentenza *J. McB*, cit., par. 53: «Risulta, poi, dall'art. 52, n. 3, della Carta che, laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti loro dalla suddetta convenzione. Detta disposizione non preclude, tuttavia, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Ai termini dell'art. 7 della medesima Carta, [o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni. Il testo dell'art. 8, n. 1, della CEDU è identico a quello dell'art. 7 suddetto, tranne per il fatto che utilizza la locuzione 'propria corrispondenza' al posto di 'proprie comunicazioni'. Ciò posto, si deve constatare che detto art. 7 contiene diritti corrispondenti a quelli conferiti dall'art. 8, n. 1, della CEDU. Occorre pertanto attribuire all'art. 7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata che sono conferiti all'art. 8, n. 1, della CEDU nell'interpretazione che ne offre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

<sup>14</sup> Nella sentenza del 1° luglio 2010, in causa C-211/10 PPU, la Corte di giustizia aveva giustificato tale automaticità in base al superiore interesse del minore (par. 64). L'interpretazione che riserva al giudice di origine ogni valutazione relativa al ritorno del minore è stata confermata successivamente: cfr. la sentenza sul caso *Aguirre Zarraga c. Pelz* deciso con sentenza del 22 dicembre 2010 in causa C-491/10 PPU.

fornita dalla CEDU. Tale orientamento è stato indicato dalla dottrina quale espressione del cosiddetto *self-restraint* della Corte EDU, poco propensa ad esercitare un sindacato su comportamenti di Stati membri ritenuti legittimi alla luce del diritto dell'UE<sup>15</sup>.

La Corte di Strasburgo sembra dunque considerare rilevanti la conformità del comportamento del giudice rispetto ad una pronuncia della Corte di giustizia, e la diligenza dimostrata nel sottoporre a quest'ultima la questione interpretativa alla base del giudizio. Questi elementi potrebbero mancare quando la questione sollevata nel corso di un giudizio davanti alla Corte di giustizia in ordine alla interpretazione o applicazione delle norme sui diritti umani appaia irrilevante od ovvia, o sia stata già oggetto di una pronuncia interpretativa (cfr. la giurisprudenza *Cilfit*)<sup>16</sup>.

In un caso, si è manifestata la convergenza dell'orientamento espresso dalla Corte di giustizia dell'UE e della Corte di Strasburgo. Si tratta del caso *Krombach*, deciso con sentenza del 28 marzo 2000 (causa C-7/98) della Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, che ha stabilito la facoltà per il giudice tedesco di negare il riconoscimento di una sentenza resa in Francia sulla base di una norma procedurale che penalizzava il convenuto impedendogli di svolgere la sua difesa qualora non si fosse presentato di persona nel processo. La pronuncia della Corte di giustizia non vincolava il giudice a una determinata soluzione della causa (nel caso di specie, a non riconoscere la sentenza straniera), ma serviva ad escludere che il mancato riconoscimento potesse configurare una violazione delle regole di Bruxelles, qualora a giudizio della corte nazionale sussistesse una manifesta incompatibilità del procedimento svolto davanti al giudice straniero con le garanzie fondamentali della difesa. Con riferimento allo stesso caso, la Corte EDU, con sentenza del 13 febbraio 2001, ha condannato

---

<sup>15</sup> L'espressione più completa di questo principio si trova nella sentenza sul caso *Bosphorus Hava Yollari Turizim ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, deciso dalla Corte europea con sentenza del 30 giugno 2005, n. 4536/98.

<sup>16</sup> Al fine di assicurare la previa sottoposizione del caso alla Corte di giustizia sarebbe indispensabile modificare l'attuale regolamentazione, obbligando il giudice di ultima istanza ad adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia ogni volta che sorgessero problematiche relative alla compatibilità delle soluzioni di diritto internazionale privato con i diritti fondamentali su richiesta della parte interessata. In tal modo sarebbe possibile evitare che davanti alla Corte EDU venga fatta valere la mancata sottoposizione del caso da parte del giudice nazionale. Questa soluzione è stata considerata criticamente da alcuni autori: cfr. B. CONFORTI, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, in *Etudes en l'honneur de Albert Weitzel*, in <<http://www.sidi-isil.org/wp-content/uploads/2010/02/Conforti-Ladhésion-de-lUE-à-la-CEDH.pdf>> (12 ottobre 2012), par. 4 (ultimo accesso 19.04.2014).

la Francia per non aver consentito all'imputato di comparire in giudizio in applicazione della norma del codice di procedura penale francese che privava il convenuto contumace della difesa in giudizio quando gli venisse contestato un delitto doloso<sup>17</sup>. È tuttavia interessante notare che anche nel caso qui richiamato la Corte di giustizia si è riferita alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel definire il rifiuto di sentire la difesa di un imputato assente dal dibattimento una 'violazione manifesta di un diritto fondamentale'<sup>18</sup>.

#### *4. La compatibilità delle norme UE sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*

Finora si è fatto riferimento ai casi nei quali il ricorso alla Corte EDU ha per oggetto le modalità di applicazione ed interpretazione del diritto da parte del giudice nazionale in materia di diritto internazionale privato e di riconoscimento di sentenze. In altri casi, il sindacato della Corte potrebbe riguardare il contenuto stesso delle norme di diritto internazionale privato. Sotto questo profilo, la valutazione compiuta dalla Corte EDU può essere posta a confronto con quella che nel contesto dell'ordinamento italiano viene affidata alla Corte costituzionale, pur con le differenze strutturali che ne caratterizzano il tipo di procedimento ed il giudizio finale, che si conclude con la declaratoria di illegittimità costituzionale. Il sindacato di costituzionalità è finalizzato non già alla tutela degli interessi specifici di coloro che hanno sollevato la questione, ma alla verifica ed eventuale rimozione di una disposizione in contrasto con i principi costituzionali. Se ci si riferisce all'eventuale sindacato di costituzionalità delle norme di diritto internazionale privato, è escluso che in tale sede possa essere compiuta una valutazione circa l'impatto del diritto straniero richiamato nel caso concreto. Le sentenze emanate dalla Corte costituzionale italiana relativamente agli artt. 18, 19 e 20 delle disposizioni preliminari al codice civile

<sup>17</sup> La Corte europea opera in conformità di un sistema di principi per garantire un *minimum standard* comune agli Stati del Consiglio d'Europa mentre il ricorso alla Corte di giustizia serve da riscontro circa la corretta della applicazione di norme che sono espressione del processo di integrazione tra gli Stati membri dell'UE nel rispetto delle garanzie fondamentali. Questa differenza nei compiti rispettivi delle due Corti rende complesso e problematico l'inquadramento dei loro rapporti reciproci. Cfr. sul punto le osservazioni di S. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Editoriale Scientifica, Napoli 2005, pp. 5-104.

<sup>18</sup> Par. 40 della sentenza *Krombach* della Corte di giustizia citata nel testo.

riguardavano la struttura stessa di tali norme, che appariva in contrasto con i principi ispiratori dell'ordinamento nazionale, e miravano ad assicurare l'armonia e la coerenza interna tra le norme di conflitto e il principio di eguaglianza dei coniugi di diversa cittadinanza<sup>19</sup>.

Il sindacato della Corte EDU mira invece ad assicurare la salvaguardia dei diritti dell'uomo nel caso concreto e non riguarda le norme considerate astrattamente<sup>20</sup>: queste ultime possono tuttavia rientrare nell'oggetto della verifica compiuta dalla Corte, quando il giudice chiamato ad applicarle non disponga di alcuna discrezionalità e non possa fare ricorso al limite dell'ordine pubblico per sottrarsi alla loro applicazione. In tal caso la normativa da applicare non potrebbe essere 'bilanciata' dal giudice per tener conto dei diritti umani. Destinatari del giudizio della Corte EDU possono essere in casi di questo genere gli organi aventi competenze legislative, cui spetta l'obbligo di provvedere secondo quanto dichiarato nella sentenza della Corte<sup>21</sup>. Nel caso *Scordino v. Italy* (sentenza 29 marzo 2006) (*eccezioni preliminari*), la Corte EDU ha sanzionato il comportamento del legislatore sotto il profilo delle modalità di applicazione delle regole in materia di indennizzo, che comportavano la violazione dell'art. 6 CEDU<sup>22</sup>, e ha indicato al legislatore le misure da prendere<sup>23</sup>. Come ha chiarito la Corte

<sup>19</sup> Si veda *supra*, nota 1.

<sup>20</sup> Come ha affermato la Corte europea nella decisione di rigetto del ricorso sul caso *McDonald* (n. 18648/04) del 17 giugno 2008: «Nei casi che traggono origine da un ricorso individuale, la Corte non ha il compito di controllare astrattamente la legislazione controversa; essa deve limitarsi per quanto possibile ad esaminare le problematiche sollevate dal caso per il quale ci si è ad essa rivolti».

<sup>21</sup> Cfr., tra molte altre, la sentenza sul caso *Les Saints Monastères v. Greece* del 9 dicembre 1994 (n. 13984/88, spec. par. 55), dove la Corte ha fatto specifico riferimento alle norme invocate dai ricorrenti per l'impatto che queste e le decisioni amministrative basate su tali norme avevano sui beni di loro proprietà.

<sup>22</sup> Par. 126: «*La Cour réaffirme que si, en principe, il n'est pas interdit au pouvoir législatif de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige*».

<sup>23</sup> Cfr. la successiva sentenza del 9 luglio 2007, n. 3, nella quale la Corte europea indica le misure per garantire alla vittima una giusta soddisfazione, par. 11: «[...] *il résulte de la Convention, et notamment de son article 1, qu'en ratifiant la Convention, les Etats contractants s'engagent à faire en sorte que leur droit interne soit compatible avec celle-ci [...] 15. Bien qu'en principe il ne lui appartienne pas de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'Etat défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention, eu égard à la situation de caractère structurel qu'elle constate, la Cour observe que des mesures générales au niveau national s'imposent sans aucun doute dans le*

EDU, esiste un obbligo per gli Stati di rendere il proprio ordinamento compatibile con la Convenzione sui diritti umani e di eliminare tutti i possibili ostacoli che possono impedire una riparazione del pregiudizio (caso *Maestri v. Italy*, sentenza del 17 febbraio 2004, n. 39748/98, par. 47) e le incompatibilità della legislazione sotto il profilo della mancanza di garanzie contro i possibili abusi derivanti dalla sua applicazione (caso *Gillan & Quinton v. United Kingdom* deciso con sentenza del 12 gennaio 2010, 4158/05)<sup>24</sup>.

Il ricorso alla Corte EDU potrebbe riguardare norme adottate dall'UE, che se emanate in forma di regolamento vincolano gli organi nazionali a darvi esecuzione, rendendo problematico se in tal caso si possa configurare una responsabilità dello Stato per le violazioni connesse alla loro applicazione. Tale questione è stata affrontata nel noto caso *Bosphorus*, deciso con sentenza del 30 giugno 2005<sup>25</sup>, dove la Corte europea ha esaminato il comportamento dell'Irlanda alla luce degli obblighi derivanti da regolamenti comunitari. La prospettiva si modificherà a partire dal momento nel quale l'UE diverrà parte della CEDU: il sindacato della Corte europea

---

*cadre de l'exécution du présent arrêt, mesures qui doivent prendre en considération les nombreuses personnes touchées. En outre, les mesures adoptées doivent être de nature à remédier à la défaillance structurelle dont découle le constat de violation formulé par la Cour, de telle sorte que le système instauré par la Convention ne soit pas compromis par un grand nombre de requêtes résultant de la même cause. Pareilles mesures doivent donc comprendre un mécanisme offrant aux personnes lésées une réparation pour la violation de la Convention établie dans le présent arrêt relativement aux requérants. A cet égard, la Cour a le souci de faciliter la suppression rapide et effective d'un dysfonctionnement constaté dans le système national de protection des droits de l'homme. Une fois un tel défaut identifié, il incombe aux autorités nationales, sous le contrôle du Comité des Ministres, de prendre, rétroactivement s'il le faut [...] les mesures de redressement nécessaires conformément au principe de subsidiarité de la Convention, afin que la Cour n'ait pas à réitérer son constat de violation dans une longue série d'affaires comparables. 16. Pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour a cherché à indiquer le type de mesures que l'Etat italien pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée en l'espèce.*

<sup>24</sup> Par. 86: «The Government argues that safeguards against abuse are provided by the right of an individual to challenge a stop and search by way of judicial review or an action in damages. But the limitations of both actions are clearly demonstrated by the present case. In particular, in the absence of any obligation on the part of the officer to show a reasonable suspicion, it is likely to be difficult if not impossible to prove that the power was improperly exercised. 87. In conclusion, the Court considers that the powers of authorisation and confirmation as well as those of stop and search under sections 44 and 45 of the 2000 Act are neither sufficiently circumscribed nor subject to adequate legal safeguards against abuse. They are not, therefore, 'in accordance with the law' and it follows that there has been a violation of Article 8 of the Convention». Un caso analogo, *Malik v. United Kingdom*, riguardante l'Anti-Terrorism Act del 2000 è stato sottoposto alla attenzione della Corte EDU che ne ha dichiarato l'ammissibilità il 28 maggio 2013 (caso n. 32968/11).

<sup>25</sup> Caso n. 45036/98, cit. *supra*, nota 15.

potrebbe spostarsi dall'esame del comportamento degli Stati in sede di applicazione delle norme dell'UE, alla compatibilità delle norme comunitarie con i principi stabiliti dalla Convenzione. Tuttavia la Corte europea potrebbe confermare l'orientamento seguito nel caso *Bosphorus* nel senso di escludere l'esistenza di una violazione della Convenzione in ragione della presenza nel sistema comunitario di strumenti di controllo circa la compatibilità degli atti e della loro applicazione da parte dei giudici nazionali con i diritti dell'uomo, in modo da garantire una protezione 'equivalente' a quella fornita dalla CEDU.

Il problema è stato trattato da numerosi autori in sede di commento all'Accordo di adesione dell'UE alla CEDU sotto il profilo della esigenza di salvaguardare da un lato l'autonomia dell'UE rispetto al proprio ordinamento interno, dall'altro lato il rispetto delle garanzie fondamentali derivanti dal sistema CEDU<sup>26</sup>. L'orientamento prevalente in dottrina è nel senso che nel momento nel quale diverrà operativa l'adesione dell'UE alla CEDU il sindacato della Corte europea si dovrebbe estendere anche ad eventuali violazioni dei diritti umani compiute nell'adempimento di norme dell'UE, abbandonando la presunzione di equivalenza di cui alla sentenza *Bosphorus*<sup>27</sup>. Ciò consentirebbe di evitare che si materializzi uno standard di trattamento differenziato a seconda che oggetto del sindacato della Corte EDU sia la normativa di origine interna oppure quella di origine comunitaria.

Ciò premesso per quanto riguarda la rilevazione di incompatibilità nella normativa comunitaria, va tenuto presente che quest'ultima ha consentito di assicurare la tutela delle categorie 'deboli' del rapporto, come i lavoratori e i consumatori, in tutti gli Stati membri e di adeguare a tale impostazione anche le regole di diritto internazionale privato grazie alla

---

<sup>26</sup> Cfr. specificamente l'art. 3 del Progetto d'accordo firmato nell'aprile 2013, in Doc. 47+1(2013)008rev2, Strasbourg, 10 juin 2013 – *Rapport final au CDDH (Cinquième réunion de négociation entre le groupe de négociation ad hoc du CDDH et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme)*, in <[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/default\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/default_fr.asp)> (ultimo accesso 19.04.2014).

<sup>27</sup> Cfr. D. SPIELMANN, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, (Réunion conjointe de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme – Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, Helsinki 6 septembre 2013), in <[http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20130906\\_Spielmann\\_Helsinki\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130906_Spielmann_Helsinki_FRA.pdf)>, p. 4 s. (ultimo accesso 19.04.2014); A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in «Il Diritto dell'Unione europea», 2011, p. 12; X. GROUSSOT, T. LOCK, L. PECH, *Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droit de l'homme: analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2001*, in *Fondation Robert Schuman/Question d'Europe*, n. 218 (7 novembre 2011), specificamente p. 5.

adozione di direttive e regolamenti, in primo luogo il Reg. 593/2008, cosiddetto *Roma I* sulla legge applicabile in materia contrattuale. La stessa uniformità delle norme di conflitto è funzionale alla «certezza della legge applicabile» (cfr. i *considerando* n. 6, 16 e 39 del Reg. *Roma I*), che rappresenta un valore essenziale per assicurare la tutela dei diritti delle persone.

Esistono tuttavia elementi critici del sistema, rilevabili soprattutto in quelle norme che consacrano l'automaticità dell'efficacia riconosciuta ai provvedimenti emanati all'estero: in alcuni casi non è consentito al giudice richiesto la facoltà di riesame né di ricorrere al limite dell'ordine pubblico. Una norma di questo tipo è l'art. 42 del Reg. 2201/2003 (cd. *Bruxelles II bis*) che obbliga ad eseguire la decisione emanata dal giudice dello Stato nel quale il minore aveva la residenza abituale prima della sottrazione internazionale, nella quale si stabilisce l'obbligo di ritorno del minore, sulla base della semplice certificazione del provvedimento, senza che sia possibile alcuna forma di opposizione. Tale normativa può apparire non del tutto compatibile con taluni principi che sono stati ribaditi in pronunce della Corte EDU in materia di trattamento dei minori. La Corte si è espressa nel senso della necessità che i giudici dello Stato nel quale il minore sia stato trasferito illegalmente possano considerare gli elementi del provvedimento di ritorno, dato l'obbligo di assicurare l'interesse superiore del minore (cfr. il caso *Kampanella*)<sup>28</sup>.

Va tuttavia rilevato che gli sviluppi della giurisprudenza CEDU appaiono improntati ad un orientamento convergente rispetto a quello del legislatore comunitario. Così, nel caso *Povse v. Austria*, già citato, l'automaticità del riconoscimento è stata riconosciuta quale elemento importante in un sistema finalizzato a scongiurare il moltiplicarsi di casi di sottrazione, anche in sintonia con il sistema dell'Aja, avendo l'obiettivo della rapida definizione della controversia in un contesto di integrazione tra gli ordinamenti nazionali nel quale l'istruttoria necessaria per realizzare il ritorno viene affidata al giudice dello Stato dell'ultima residenza del minore prima della sottrazione. Su tale soluzione ha influito la pronuncia emanata in sede pregiudiziale della Corte di giustizia relativamente al medesimo caso, che ha ribadito l'obbligo per il giudice nazionale di eseguire il provvedimento di ritorno essendo riservato al giudice di origine il dovere di effettuare la valutazione circa gli elementi di fatto e normativi alla luce dell'interesse del minore<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> *Šneerson and Kampanella v. Italy*, sentenza 12 luglio 2011, causa n. 14737/09.

<sup>29</sup> Si tratta della sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 1° luglio 2010 (caso *Povse c. Alpago*, causa C-211/10 PPU). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia è stata sottolineata l'esigenza che il giudice competente a decidere riguardo al ritorno a seguito di sottrazione internazionale proceda in modo da garantire la tutela degli interessi del minore

Nonostante questa impostazione, nella normativa dell'Unione trova spazio l'elemento di flessibilità rappresentato dalla facoltà per il giudice competente di trasferire il procedimento relativo al ritorno del minore in via eccezionale alle autorità giurisdizionali di un altro Stato membro con il quale il minore abbia «un legame particolare» e pertanto sia più adatto a trattare tutto il caso o una sua parte specifica «ove ciò corrisponda all'interesse del minore» (cfr. art. 15 del Reg. *Bruxelles II-bis*).

La prudenza della Corte EDU e l'atteggiamento di rispetto della posizione assunta dall'UE ai fini del bilanciamento tra gli interessi in gioco e la realizzazione degli obiettivi dello spazio giudiziario europeo fanno ritenere che sussista una sostanziale convergenza di orientamenti. Una conferma si può ricavare dall'impegno manifestato dal legislatore comunitario nel salvaguardare i diritti fondamentali in altri ambiti rispetto a quello dei minori, connessi al riconoscimento di sentenze emanate in altri Stati membri. Ad esempio, nella disciplina del titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, il Reg. 805/2004, pur eliminando verifiche nella fase dell'esecuzione, prevede tuttavia qualche limitata possibilità di riesame (art. 19), nel rispetto dei diritti della difesa e dell'equo processo (cfr. i *considerando* 10 e 11)<sup>30</sup>.

La garanzia dei diritti fondamentali passa anche attraverso l'attribuzione ai giudici nazionali di un certo margine di apprezzamento circa la corretta interpretazione delle regole sulla giurisdizione e il riconoscimento delle sentenze. Al riguardo, il preambolo del Reg. *Bruxelles I* revisionato con il Reg. 1215/2012 (cosiddetto *Bruxelles I bis*) fa riferimento alla necessità che il giudice, nell'applicare la disciplina sui criteri di giurisdizione e sul riconoscimento delle sentenze, tenga conto delle circostanze del caso sottoposto al suo esame assicurando che venga deciso da una autorità

---

procedendo, quando possibile, all'audizione del minore (sentenza del 22 dicembre 2010 sul caso *Aguirre Zarraga*, cit.), ed ha ribadito che il giudice competente deve compiere tutti gli accertamenti necessari a verificare la sussistenza di un diritto di affidamento del minore dal quale si possa desumere la liceità o meno del suo trasferimento all'estero (sentenza del 5 ottobre 2010 sul caso *J. McB.*, cit.).

<sup>30</sup> Un meccanismo identico è previsto nel Reg. 1896/2006 sul procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, art. 20. Cfr. F. SALERNO, *Competenza giurisdizionale, riconoscimento delle decisioni e diritto al giusto processo nella prospettiva europea*, in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, a cura di A. Di Stefano, R. Sapienza, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, pp. 277-326, in particolare p. 289 ss., che si riferisce al processo a carattere monitorio introdotto dai regolamenti 1896/2006 e 861/2007. Cfr. anche ID., *Il diritto processuale civile internazionale comunitario e le garanzie processuali fondamentali*, in «Diritto internazionale privato e diritto comunitario», a cura di P. Picone, CEDAM, Padova 2004, p. 117 s.

‘ragionevolmente prevedibile’ ed anche dei collegamenti della controversia con uno Stato terzo, entro i limiti consentiti dalle norme, per assicurare una buona o una corretta amministrazione della giustizia<sup>31</sup>, di garantire un migliore accesso alla giustizia<sup>32</sup>, e la prevedibilità dell’esito delle controversie giudiziarie<sup>33</sup>. Ne risulta un quadro normativo nel quale il principio della certezza e quello dell’automatica esecuzione del provvedimento nello spazio giudiziario europeo vengono bilanciati con la garanzia dell’accesso alla giustizia e del giusto processo.

Un segnale significativo di flessibilità intesa a riconoscere al giudice nazionale margini di valutazione per ottenere la migliore rispondenza delle soluzioni giudiziarie rispetto a quei principi fondamentali si può ravvisare nell’art. 7 del Reg. 4/2009 sulle obbligazioni alimentari, che consente di considerare ricevibile un ricorso in base al cosiddetto ‘*forum necessitatis*’, quando nessuno dei criteri applicabili conferisca la giurisdizione ad uno Stato membro e risulti impossibile sottoporre il caso alla giurisdizione di uno Stato terzo, o il giudizio non possa essere ragionevolmente promosso o coltivato in quest’ultimo paese. Si evita in tal modo di incorrere in un diniego di giustizia ed è più agevole trovare soluzioni conformi alla CEDU (art. 6) ed alla Carta sui diritti e doveri fondamentali (art. 47)<sup>34</sup>.

Nell’ambito dei meccanismi volti alla realizzazione di finalità coerenti rispetto alla CEDU si può inoltre menzionare l’art. 10 del Reg. 1259/2010 (cosiddetto *Roma III*) in materia di divorzio e separazione personale, in base al quale il giudice può disapplicare la legge di uno Stato che non preveda il divorzio o che discrimini tra i coniugi quanto all’accesso al divorzio o alla separazione per motivi di sesso, indipendentemente dal fatto che si tratti di uno Stato membro o di uno Stato terzo. La differenza rispetto al limite dell’ordine pubblico consiste nella circostanza che la norma individua in anticipo gli interessi materiali preminenti da salvaguardare. La disposizione lascia tuttavia aperto un certo margine di incertezza riguardo ai meccanismi non coincidenti con il divorzio o la separazione che si possono qualificare come equivalenti.

<sup>31</sup> Cfr. i *considerando* 16, 23 e 24; il riferimento alla ‘corretta amministrazione della giustizia’ si trova anche negli artt. 33.1 b) e 34.1 c) del Reg. *Bruxelles I bis*.

<sup>32</sup> Cfr. i *considerando* 1 e 3 del Reg. *Bruxelles I bis*.

<sup>33</sup> Cfr. il *considerando* n. 15 del Reg. *Bruxelles I bis*. Il *considerando* n. 29 di quest’ultimo regolamento si riferisce alla applicazione della disposizione dell’art. 45 di detto regolamento, nel quale sono elencati i motivi di rigetto del riconoscimento o dell’esecuzione, esplicitando una possibile causa di rigetto del riconoscimento o dell’esecuzione nel caso in cui il convenuto non abbia avuto la possibilità di presentare le proprie difese senza comparire in giudizio.

<sup>34</sup> Cfr. il commento di P. FRANZINA, *Sul forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo*, in «Rivista di diritto internazionale», 2009, p. 1122.

### 5. Diritto internazionale privato e tutela dei diritti umani in situazioni collegate a ordinamenti di Stati estranei allo spazio giudiziario dell'Unione europea

A seguito dell'adesione dell'UE alla CEDU, la Corte di Strasburgo potrebbe svolgere un ruolo significativo con riferimento alla disciplina di diritto internazionale privato applicabile a realtà collegate a Stati non appartenenti all'UE. Il problema non si pone tanto per le regole sulla legge applicabile ai contratti o in materia di divorzio o di alimenti, universalmente applicabili a tutti i rapporti che vengano in considerazione davanti al foro di uno Stato membro, quanto per ciò che concerne le regole sulla competenza. È noto che nei confronti dei convenuti non domiciliati in uno Stato membro è possibile applicare i criteri esorbitanti presenti nel sistema nazionale del foro adito. Tali criteri non sono stati eliminati del tutto nemmeno nei confronti di convenuti domiciliati in territorio comunitario: infatti, il sistema di Bruxelles, anche nella versione riveduta con il Reg. *Bruxelles I bis*, conferisce al giudice competente per l'azione penale la giurisdizione sull'azione civile di responsabilità, e quindi consente di utilizzare criteri nazionali di competenza basati sulla nazionalità della vittima (e quindi dell'attore)<sup>35</sup>. Data l'ampiezza della giurisdizione conferita ai giudici degli Stati membri, è possibile intentare un'azione civile nei confronti di soggetti non domiciliati nello spazio dell'UE anche quando non si ravvisi un collegamento territoriale sufficiente della causa con il foro adito<sup>36</sup>.

La prassi internazionale non fornisce elementi univoci circa la configurabilità dell'obbligo degli Stati di non applicare criteri esorbitanti nei confronti di stranieri, nonostante che la Corte EDU abbia genericamente rivendicato la propria facoltà di pronunciarsi al riguardo. Nel caso *McDonald*, deciso con sentenza del 29 aprile 2008, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che «l'art. 6 implica un controllo delle regole di competenza in vigore negli Stati contraenti al fine di assicurarsi che queste ultime non ledano un diritto protetto dalla Convenzione»<sup>37</sup>. La Corte europea ha considerato i criteri di competenza sotto il profilo del *due process* in un caso nel quale l'applicazione di un criterio esorbitante finiva per privare un soggetto della possibilità di azionare il proprio diritto, dando luogo ad un vero e proprio diniego di giustizia,

<sup>35</sup> Art. 5, par. 4 del Reg. *Bruxelles I* e art. 7, par. 3 del Reg. *Bruxelles I bis*.

<sup>36</sup> La problematica dell'efficacia universale sia delle norme di conflitto in senso stretto, sia dei criteri di giurisdizione, alla luce della Carta dei diritti fondamentali, viene considerata da S. BARIATTI, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, a cura di L.S. Rossi, Editoriale Scientifica, Napoli 2011, p. 397 ss.

<sup>37</sup> *Jackson Mc Donald v. France*, causa n. 18648/04.

nella sentenza *Saileanu v. Romania*, del 2 febbraio 2010: alla parte interessata a ottenere il divorzio era preclusa l'azione civile in California mentre, al tempo stesso, gli era stata rifiutata la ricevibilità della domanda in Romania per incompetenza del giudice<sup>38</sup>.

Non è escluso dunque che si possa ricostruire un obbligo di modificare i criteri esorbitanti in base al diritto ad un equo processo di cui all'art. 6, par. 1 CEDU e all'art. 14, par. 1 del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici del 1966, che sono stati ripresi nell'art. 47, 2° capoverso della Carta dei diritti fondamentali. Quest'ultima rafforza nel sistema dell'UE l'importanza di valori come la non discriminazione dei quali sono destinatarie tutte le persone, anche quelle appartenenti a Stati terzi: in tal senso va interpretato l'art. 21, par. 2, che stabilisce il divieto di discriminazione sulla base della cittadinanza, fatte salve le disposizioni contenute nei Trattati e in altri atti in vigore. Alla luce di tale apertura vanno interpretate anche le altre disposizioni, come quella relativa al giusto processo. Di certo, la regola che nega l'applicabilità dei criteri di competenza esorbitante alle controversie nelle quali sono convenute persone domiciliate o residenti nello spazio giudiziario europeo dimostra il disfavore degli Stati membri per quei criteri. Peraltro, l'esigenza di eliminare la verifica da parte del giudice del riconoscimento circa la competenza del giudice di origine imponeva altresì la necessità di eliminare i criteri esorbitanti nei rapporti reciproci fra gli Stati membri. Nei confronti degli ordinamenti di Stati terzi, invece, tale obiettivo non sussiste e dunque viene meno il fondamento stesso dell'abbattimento dei criteri esorbitanti e della reciproca accettazione di limiti all'esercizio della giurisdizione in assenza di legami significativi con la controversia.

Occorre tuttavia precisare che in concreto la stessa identificazione dei criteri esorbitanti presenta numerosi margini di incertezza, come è emerso chiaramente dai lavori della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze straniere, nel corso della quale è stata redatta una *black list* di criteri da eliminare nella futura convenzione, ma non accettata dagli Stati Uniti, perché ne comprendeva alcuni considerati irrinunciabili alla luce della *common law*<sup>39</sup>. Se dunque un progresso verso l'abolizione dei criteri di giurisdizione 'eccessivi' si può prospettare alla luce del diritto fondamentale del giusto processo, ciò va inteso piuttosto nel senso

<sup>38</sup> Causa n. 46268/06. Il caso si è arrestato al livello della fase della ricevibilità, non essendo ancora esauriti i mezzi di ricorso interni. Di conseguenza, la Corte non ha potuto pronunciarsi nel senso che vi fosse stata violazione dell'art. 6 sul giusto processo da parte della Romania.

<sup>39</sup> Cfr. R.A. BRAND, *The 1999 Hague Preliminary Draft Convention Text on Jurisdiction and Judgments: a View from the United States*, in *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments*, a cura di F. Pocar, C. Honorati, CEDAM, Padova 2005, pp. 3-40.

della opportunità di un ampliamento dell'ottica da seguire da parte delle istituzioni dell'UE, superando la logica della reciprocità che permea attualmente il sistema di *Bruxelles*, anziché nel senso dell'obbligo di estendere *tout court* i criteri applicabili nei rapporti intra-comunitari alle controversie che coinvolgono realtà estranee allo spazio dell'UE<sup>40</sup>. Si tratta di rafforzare la credibilità del sistema, anche considerando l'efficacia automatica delle sentenze emanate dagli Stati membri. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte EDU potrebbe contribuire al rafforzamento del processo di integrazione impegnando direttamente gli Stati, oltre che le istituzioni UE, e sostenendo queste ultime nella progressiva sovrapposizione completa dei criteri uniformi a quelli nazionali<sup>41</sup>. Tale risultato può contribuire a superare gli ostacoli ancora presenti nella stipulazione di una convenzione universale<sup>42</sup>.

Le istituzioni comunitarie hanno dimostrato di voler realizzare importanti aperture, come si ricava dal rilievo che il Reg. *Bruxelles I* conferisce alla sentenza emanata in uno Stato terzo come limite al riconoscimento di una sentenza resa successivamente in territorio comunitario con identità di titolo ed oggetto. Altrettanto significativa è la modifica apportata nel Reg.

<sup>40</sup> Cfr. le considerazioni di C. FOCARELLI, *The right of aliens not to be subject to so-called "excessive" civil jurisdiction*, in *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts-International Studies in Human Rights*, a cura di B. Conforti, F. Francioni, Nijhoff Publ., The Hague-Boston-London 1997, pp. 441-447. SALERNO, *Il diritto processuale civile internazionale comunitario*, cit., p. 108 ss., evidenzia come la ricerca di un foro prevedibile e determinato in base al principio di prossimità sia stata perseguita nelle modifiche al Reg. 44/2001 (cd. *Bruxelles I*); anche la giurisprudenza della Corte di giustizia si è espressa in tal senso (cfr. il caso *Mainschiffahrts-Genossenschaft*, sentenza 20 febbraio 1997, causa C-106/95, punto 31). A. BONOMI, *Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile erga omnes*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 2007, pp. 313-328, ritiene che la tolleranza verso l'applicazione dei criteri esorbitanti nei confronti dei soggetti estranei alla Unione europea sia rivelatrice di una 'doppia morale – difficilmente giustificabile' (*ivi*, p. 320). L'articolo auspica l'estensione dei criteri di giurisdizione previsti dal Reg. *Bruxelles I* 'erga omnes' anche per i vantaggi che ciò comporta in termini di semplicità applicativa.

<sup>41</sup> La non completa sovrapposizione, a tutt'oggi, della disciplina UE rispetto alla normativa nazionale (compresi i criteri esorbitanti), fa sì che quest'ultima continua a trovare applicazione in situazioni non connotate dai collegamenti previsti con lo spazio giudiziario europeo.

<sup>42</sup> Nel corso dei lavori per la realizzazione di questo obiettivo potrebbero riemergere problematiche connesse alla competenza dell'Unione europea. Al riguardo si può menzionare il parere 1/03, reso dalla Corte di giustizia comunitaria il 7 febbraio 2006 in occasione della rinegoziazione della Convenzione di Lugano. Taluni passaggi sono stati interpretati in senso favorevole ad una visione 'comunitaria' della materia, in base alla quale anche i criteri nazionali esorbitanti cui rinvia l'art. 4 del Reg. *Bruxelles I* farebbero parte del sistema e quindi costituirebbero materia per la quale esisterebbe una competenza dell'Unione europea a negoziare con Stati terzi.

*Bruxelles I bis*, dove gli articoli 33 e 34 riguardano la pendenza di una causa identica o, rispettivamente, connessa, in uno Stato terzo: il giudice dello Stato membro successivamente adito può sospendere il procedimento quando la sentenza dello Stato terzo può essere riconosciuta e sia convinto che tale sospensione sia «necessaria per la corretta amministrazione della giustizia». Si pensi altresì al maggiore rilievo dato, indipendentemente dal domicilio delle parti, alla scelta del foro competente (art. 25 del Reg. *Bruxelles I bis*), che prevale sul foro adito anche nel caso in cui fosse stato investito della medesima controversia successivamente. D'altra parte, l'art. 79 impegna la Commissione (sia pure entro termini molto lunghi: 11 gennaio 2022) a presentare al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale una relazione sull'applicazione del regolamento comprensiva di una valutazione dell'eventuale necessità di estendere ulteriormente le regole in materia di competenza ai convenuti non domiciliati in uno Stato membro, alla luce dell'esperienza di applicazione del regolamento e dei possibili sviluppi a livello internazionale. In tal senso può dirsi che l'insieme delle norme dell'UE nella materia del diritto internazionale privato e processuale costituisce al momento un sistema regionale integrato che, nella misura in cui recepisca pienamente valori condivisi anche a livello generale, può estendersi oltre i confini territoriali e agevolare l'adeguamento anche di altri sistemi normativi estranei ai principi fondamentali del giusto processo<sup>43</sup>.

#### *6. Gli effetti delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla applicazione del diritto internazionale privato*

In base agli elementi considerati si può concludere che il contributo della Corte europea al consolidamento di una serie di principi enunciati

<sup>43</sup> Cfr. i seguenti passaggi della Risoluzione del Parlamento europeo del 19 maggio 2010 sugli aspetti istituzionali dell'adesione della UE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, Doc. P6\_TA-PROV (2010)0184 (19.05.2010), par. 18: «[...]la promozione del rispetto dei diritti umani, valore fondamentale dell'UE già radicato nel suo Trattato costitutivo, rappresenta un terreno comune per le sue relazioni con i Paesi terzi; [...] detta adesione rafforzerà ulteriormente la fiducia dei cittadini nell'Unione europea e la credibilità dell'Unione nel quadro del dialogo sui diritti umani con i Paesi terzi; [...] l'applicazione piena e uniforme della Carta dei diritti fondamentali a livello UE è ugualmente essenziale a garantire la credibilità dell'Unione in questo dialogo». Par. 25: «[...] l'art. 1 della CEDU garantirà non solo la protezione dei cittadini dell'UE e delle altre persone all'interno del territorio dell'Unione, ma anche di tutti coloro che rientrano nella giurisdizione dell'Unione anche al di fuori del suo territorio».

a livello regionale ed universale come il rispetto dei rapporti familiari, la tutela dei minori, le garanzie dell'equo processo e l'accesso alla giustizia, ha trovato riscontro in gran parte nelle norme dell'UE in materia di diritto internazionale privato. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha svolto un ruolo 'creativo' promuovendo una nozione di ordine pubblico di respiro regionale e universale che è stata accolta anche a livello comunitario. Si rivela tuttavia indispensabile un coordinamento tra Corte europea e istituzioni dell'UE che non venga affidato soltanto alla propensione fino ad oggi manifestata verso soluzioni tra loro convergenti, ma che sia sostenuto su una base normativa più certa e stabile. Al di là dell'influenza che la giurisprudenza della Corte europea può esercitare sull'attività interpretativa dei giudici nazionali, essa non dispone di strumenti in grado di impedire che si pervenga a soluzioni basate su presupposti incompatibili con i diritti dell'uomo.

Uno dei problemi che emerge dalla prassi riguarda le conseguenze del mancato rispetto delle regole dell'equo processo: al momento, una decisione di condanna emanata dalla Corte EDU non consente di bloccare gli effetti di una sentenza straniera. Né sarebbero utilizzabili gli strumenti disponibili per i casi di incompatibilità tra una sentenza della Corte EDU e un provvedimento nazionale<sup>44</sup>. Sarebbe quindi auspicabile un intervento

---

<sup>44</sup> Con riferimento al contrasto tra il giudicato italiano e una sentenza della Corte EDU cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 113 del 4 aprile 2011: si trattava di una sentenza penale di condanna definitiva a seguito di un processo celebrato in Italia del quale la Corte europea aveva accertato il carattere 'non equo' per violazione dell'art. 6 della CEDU. La Corte costituzionale ha prospettato lo strumento della riapertura del processo quando risulti necessaria alla luce dell'art. 46, par. 1 della CEDU per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte di Strasburgo, prospettando l'utilizzazione della revisione di cui all'art. 630 codice procedura penale, assimilando le cause di non equità rilevate dalla Corte EDU ai vizi processuali. A tal fine ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 630 del codice procedura penale nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione per la riapertura del processo quando necessario al fine di eseguire la sentenza della Corte EDU. Tale intervento additivo è stato effettuato dalla Corte costituzionale alla luce dell'obbligo di adeguare l'ordinamento italiano ai vincoli internazionali, auspicando peraltro un intervento del legislatore per garantire la conformità dell'ordinamento nazionale ai parametri indicati dalla CEDU. In un diverso contesto cfr. l'art. 3 della legge 14 gennaio 2013, n. 5 («Adesione della Repubblica italiana alla Convenzione delle Nazioni Unite sulle immunità giurisdizionali degli Stati e dei loro beni, fatta a New York il 2 dicembre 2004, nonché norme di adeguamento all'ordinamento interno»), nel quale si stabilisce che in presenza di una sentenza della Corte internazionale di giustizia in materia di immunità di uno Stato straniero il giudice italiano davanti al quale pende una controversia relativa allo stesso caso o anche quando ha già emesso sentenza non definitiva, rileva d'ufficio il difetto di giurisdizione; al par. 2, la stessa disposizione stabilisce che «[l]e sentenze passate in giudicato in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia [che

legislativo nel senso di rendere obbligatoria la sospensione del procedimento di *exequatur* fino a quando non si provveda a modificare la sentenza straniera per adeguarla al pronunciamento della Corte di Strasburgo. Un meccanismo del genere eliminerebbe l'inconveniente del coinvolgimento dello Stato di esecuzione nelle conseguenze di un procedimento svolto all'estero in modo non conforme alle norme della CEDU<sup>45</sup>.

Il problema non è stato ancora affrontato adeguatamente a livello di applicazione delle norme dell'UE in materia di riconoscimento, nonostante che nel contesto dello spazio giudiziario europeo siano presenti due aspetti che rendono particolarmente urgente l'adozione di uno specifico meccanismo in grado di assicurare una maggiore incisività della funzione svolta dalla Corte europea: la tendenziale eliminazione del procedimento di *exequatur* nei regolamenti che disciplinano lo spazio giudiziario integrato e il rischio che l'automaticità dell'*exequatur* produca un effetto moltiplicatore di eventuali decisioni incompatibili con la CEDU.

Un ruolo fondamentale potrebbe essere svolto al riguardo dalla Corte di giustizia: se si prospettasse un obbligo per il giudice chiamato a dare esecuzione ad una sentenza emanata in un altro Stato membro di adire la Corte di Lussemburgo in sede pregiudiziale quando la sentenza straniera da eseguire fosse stata oggetto di una sentenza di condanna da parte della Corte EDU, ciò contribuirebbe ad una maggiore certezza nella corretta applicazione delle regole fondamentali anche nella fase del riconoscimento delle decisioni emanate in un altro Stato membro. Va inoltre osservato che, nonostante la perentorietà delle regole sulla efficacia delle sentenze emanate in un altro Stato membro, alcuni spunti riguardanti eventuali limiti al riconoscimento sono ricavabili dal preambolo del Reg. *Bruxelles I bis*: si tratta, in primo luogo, del *considerando* n. 30, il quale consente alla parte che si oppone alla esecuzione di una decisione emessa in un altro Stato membro di invocare «nei limiti del possibile e conformemente al sistema giuridico dello Stato membro richiesto [...] i motivi di diniego previsti dal diritto nazionale». In secondo luogo, il *considerando* n. 38 stabilisce che «il presente

---

escluda la giurisdizione nei confronti di uno Stato straniero], anche se successivamente emessa, possono essere impugnate per revocazione, oltre che nei casi previsti dall'art. 395 del codice di procedura civile, anche per difetto di giurisdizione civile e in tal caso non si applica l'art. 396 del citato codice di procedura civile».

<sup>45</sup> Sull'importanza del controllo circa il rispetto dei principi di giustizia processuale da parte del giudice del riconoscimento si veda, tra gli altri, M. DE CRISTOFARO, *Ordine pubblico 'processuale' ed enucleazione dei principi fondamentali del diritto processuale 'europeo'*, in *Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale, omaggio ad Aldo Attardi*, a cura di V. Colesanti [et al.], CLEUP, Padova 2009, II, pp. 960-968.

regolamento sancisce il pieno rispetto dei diritti fondamentali e si conforma ai principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE, in particolare il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale garantito dall'art. 47»<sup>46</sup>. Queste considerazioni fanno ritenere che la Corte di giustizia potrà tener conto degli orientamenti della Corte EDU nella interpretazione del limite dell'ordine pubblico anche rispetto ai problemi che si possono prospettare in sede di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze. Del resto, il mancato rispetto delle garanzie del giusto processo configurerebbe al tempo stesso una violazione sia della CEDU, sia dei principi dell'UE<sup>47</sup>.

È invece difficile prospettare l'obbligatorietà del deferimento alla Corte di giustizia in sede pregiudiziale quando un ricorso alla Corte europea su questioni che possano incidere sulla esecutività di una sentenza straniera non si sia ancora concluso. Vi si oppongono le fondamentali esigenze di certezza e di rapidità che sono alla base delle norme sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze nello spazio giudiziario europeo e che delimitano in maniera rigorosa i motivi di opposizione. Va inoltre rilevato che, alla luce dei lavori relativi all'adesione dell'UE alla CEDU, non risulta ancora chiaro come la funzione pregiudiziale della Corte di giustizia possa essere ridefinita allo scopo di migliorare il coordinamento con la Corte di Strasburgo e in tal modo rafforzare le garanzie fondamentali dei diritti dell'uomo.

### *European Court of Human Rights and Private International Law of the European Union*

In the field of private international law, respect for human rights has started to be considered as crucial and strictly related to the exception of public policy (ordre public) that can be invoked to deny the applicability of a foreign provision or the

---

<sup>46</sup> Sulle aperture che avrebbe consentito l'adozione di un testo conforme alla proposta della Commissione del 3 gennaio 2011 (Doc. COM (2010) 748 def. 2), che fa riferimento soprattutto al mezzo straordinario di riesame di cui agli articoli 45 e 46, si veda O. FERACI, *L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?*, in «Rivista di diritto internazionale», 2011, p. 832 ss.

<sup>47</sup> Con riferimento soprattutto ai casi di *exequatur* che consentono una limitata possibilità di riesame si potrebbe anche prospettare l'adozione di un rimedio di tipo impugnatorio straordinario (simile alla nostra revocazione della sentenza ex art. 395 codice procedura civile) che, inserito nei Regolamenti come rimedio di carattere generale esperibile nello Stato di esecuzione, consenta alle parti di sottrarsi agli effetti della decisione una volta accertata la sua incompatibilità con la CEDU.

recognition and execution of a foreign decision in case they seem to be inconsistent with the fundamental values codified in the European Convention on Human Rights. Thus, the European Court of Human Rights (ECHR) can have an impact on the approach followed by national judges when applying private international law rules and play a role in shaping the extent of the exception of public order, that cannot be intended as purely national-oriented, in isolation from the human right standards at the European level.

The approach followed in the field of judicial cooperation in civil matters by the EU institutions – especially the EU Court of Justice – seems to be consistent with the ECHR case law. Though sometimes the need to ensure the proper functioning of the internal market seems to raise doubts as to the place of human rights as regards conflict of laws and jurisdiction, main principles such as due process and access to justice have always been considered as having a pre-eminent role. The enactment of the Charter of the economic duties and rights of the European Union will open the way towards a better placement also for non-EU citizens. However, some questions relating to the need for better coordination between ECHR and EU Court are still open: the EU adhesion to the ECHR could be a significant step in that direction.



Edgardo Lòpez Herrera\*

*Análisis de la jurisprudencia argentina sobre restitución internacional de menores y los derechos humanos del niño*

Lo que este trabajo se propone investigar es la relación que existe entre el sistema argentino de restitución internacional de menores y la efectiva vigencia de los derechos humanos. Se trata de un problema cada vez más frecuente debido al aumento de las separaciones y a la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes con posterioridad a su separación. En primer lugar se efectuará una descripción muy somera de cómo funciona el sistema argentino de restitución internacional de menores y luego se analizará la jurisprudencia sobre el tema. A modo de conclusión puede decirse que la jurisprudencia nacional ha hecho un loable trabajo de interpretar qué se entiende por 'interés superior del niño' en materia de restitución internacional de menores.

La indeterminación del principio ha sabido ser llenada con gran sabiduría por los jueces argentinos que han hecho una interpretación bastante razonable del superior interés armonizándolo con los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina logrando un justo equilibrio con los fines buscados por las convenciones internacionales sobre restitución de menores de las que la Argentina es parte.

*1. Planteo del problema*

La reforma de la constitución de la República Argentina incorporó varios tratados de derechos humanos otorgándoles una jerarquía normativa idéntica

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad Nacional de Tucumán, Profesor Titular de Derecho de Daños de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Ex Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino. Autor de los siguientes libros: *Tratado de la prescripción liberatoria*; *Manual de responsabilidad civil*; *Los daños punitivos*. Este trabajo se realiza como parte del proyecto de investigación de la Universidad Nacional de Tucumán n. 26/L473 'El impacto de los fallos judiciales de la Corte Suprema Nacional y Provincial en la efectivización de los derechos humanos y en la transformación social', dirigido por el Dr. Oscar Flores.

a la de la Constitución, es decir con superioridad a las leyes comunes, art. 75, inc. 22, CN. Es lo que la doctrina denomina bloque de constitucionalidad<sup>1</sup>.

Uno de los tratados incorporados con jerarquía constitucional fue la Convención de Derechos del Niño de 1989.

Lo que este trabajo se propone investigar es la relación que existe entre el sistema argentino de restitución internacional de menores y la efectiva vigencia de los derechos humanos, ya sea que se trate de los derechos del niño, principalmente o de cualquier otro derecho humano reconocido en el bloque de constitucionalidad argentino. Se trata de un problema cada vez más frecuente debido al aumento de las separaciones y a la facilidad de desplazamiento del domicilio de las partes con posterioridad a su separación<sup>2</sup>.

Para ello se hace necesaria una descripción muy somera de cómo funciona el sistema argentino de restitución internacional de menores.

Una primera aclaración es que este trabajo versará solo sobre los aspectos civiles de la restitución internacional de menores y no de los penales que excederían la investigación propuesta. Es decir que se investigará sobre la sustracción de menores, que se produce generalmente entre padres que se disputan la tenencia, pero no sobre el tráfico de menores, que puede tener que ver con la prostitución, explotación sexual o laboral, etc. de menores<sup>3</sup>. Para ello se analizarán sentencias de tribunales de toda la República, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, buscando descubrir en ellas los principios de derechos humanos reconocidos en la Constitución y la manera en que fueron aplicados a los casos de restitución internacional de menores.

## *2. El sistema argentino de restitución internacional de menores*

Teniendo en cuenta las fuentes del derecho internacional privado argentino el primer punto a señalar es que Argentina no tiene un código o ley de derecho internacional privado que contemple a la restitución

---

<sup>1</sup> G. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires 1995, pp. 265-267, considera al bloque de constitucionalidad como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infra-constitucionales. C. PIZZOLO, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, «La Ley», 2006-D, p. 1023.

<sup>2</sup> I. WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011<sup>4</sup>, p. 170.

<sup>3</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 170.

internacional de menores. Tampoco hay ninguna disposición en el código civil, que es la fuente residual de derecho internacional privado. En parte dicha ausencia se debe a que en la época en que fue sancionado el código el problema de la restitución internacional de menores no era preocupante, porque no había alcanzado la gravedad que exhibe en nuestros días.

Esa carencia de normas de fuente interna obliga a buscar en las fuentes convencionales, cuál es el régimen aplicable a la restitución internacional de menores en el derecho argentino.

Someramente puede decirse que en lo que concierne a la restitución internacional de menores, el derecho privado argentino se encuentra integrado de la siguiente manera:

- a) Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptada en la sesión 14<sup>a</sup> de la Conferencia de La Haya del 25.10.1980, aprobada el 27.09.1990 por ley 23857, vigente en la República Argentina a partir del 01.06.1991.
- b) Convenio Bilateral con la República Oriental del Uruguay sobre Protección Internacional de Menores de 1981 (ley 22546 BO del 04.03.1982).
- c) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (más conocida como CIDIP IV; Montevideo, 1989, ley 25358, BO del 12.12.2000).

Estos tratados son aplicables, cabe aclarar, solo para los casos en los cuales se trate de pedidos de restitución emanados de países con los cuales la Argentina haya suscripto los convenios mencionados anteriormente. Por lo tanto si no hay convenio específico que regule el régimen aplicable, las sentencias extranjeras que exhorten la restitución de un menor a un juez argentino deben tramitar por las reglas ordinarias contenidas en los códigos procesales, que prevén un proceso de ejecución de sentencias extranjeras que culmina con un *exequatur*.

- d) Por último, y si bien no es materia de este trabajo, en materia penal, con la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (más conocida como CIDIP V; México, 1994, ley 25179, BO del 26.10.1999) que tiene que ver con los delitos penales que se producen con la sustracción de menores con fines de explotación sexual o laboral. Es decir apunta principalmente a los menores que son víctimas de trata. La diferencia con el régimen de restitución civil es que además de devolver el menor al hogar de sus padres, se persigue la imposición de una pena a los autores del delito.

Si bien todos los convenios suscriptos por la Argentina tienen algunas diferencias, pueden sintetizarse sus principales características.

La finalidad de todos los convenios es garantizar la pronta restitución del menor, que indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte.

El Convenio de La Haya tiene por finalidad:

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

En tanto que la Convención Americana tiene una fórmula muy similar. Su objetivo es asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente y también hacer respetar el ejercicio del derecho de visita y el de custodia o guarda por parte de sus titulares.

Así la jurisprudencia nacional<sup>4</sup> ha dicho que «Deben ponerse de resalto los perniciosos efectos que ocasionan a los menores el repentino cambio de su residencia habitual, respecto de lo cual los Estados firmantes de la Convención enfatizan los efectos perjudiciales que ocasiona un traslado inconsulto de los menores del ámbito de pertenencia emocional y material, lo que también se encuentra previsto por la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país por Ley 23.849 e incorporada a la Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22 con rango constitucional, que en su art. 11 dispone que los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, debiendo a tales fines promover la concertación de acuerdos bilaterales».

Es en las formas procesales donde se observan las diferencias más notorias con el régimen común de ejecución de sentencias extranjeras. Así son sus características más salientes:

- a) Puede ser diplomático (extra-jurisdiccional) o jurisdiccional (autoridades centrales o ejecución de régimen común)

Las partes pueden plantear el pedido de restitución por vía diplomática, aunque el procedimiento más utilizado es el administrativo, que se realiza ante lo que se conoce como Autoridad Central, que cada país designa.

- b) Procedimiento autónomo

---

<sup>4</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G.M.M. c. M., M.O. s/ restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral», 2009, p. 585.

Tal como se ha dicho la regla es que en la Argentina las sentencias extranjeras se deben cumplir utilizando la vía del procedimiento judicial del reconocimiento, que termina con una sentencia, denominada *exequátur* que la confiere a la decisión judicial extranjera la misma fuerza que una sentencia nacional. Este tipo de proceso no distingue entre tipos de sentencias sino que es uniforme cualquiera sea el objeto que se pretende reclamar en el país y de ahí su inconveniencia para ser utilizado en el caso de menores<sup>5</sup>. Es que cuando un menor es arrancado de sus padres, el factor tiempo es sumamente relevante.

Por esa razón es que los países han buscado, mediante convenios, crear un tipo de proceso distinto que tenga por finalidad restituir al menor en un muy breve plazo al país donde debe discutirse la custodia. Por eso la Convención de La Haya dice que el objetivo es «garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenga su residencia habitual, así como de asegurar la protección del derecho de visita» y tanto la Convención Interamericana como el Convenio Argentino Uruguayo afirman que el objetivo es «asegurar la pronta restitución de menores».

La jurisprudencia nacional ha dicho que<sup>6</sup> «En cuanto al examen previo a la ejecución de una sentencia extranjera, el código de rito establece un orden de prelación en el cual, primero tienen que observarse los términos del tratado celebrado con el país del que provenga la sentencia y luego, en su defecto, los requisitos del art. 517 del Código procesal civil y comercial de la nación (CPCCN)».

La pronta o inmediata restitución del menor a su residencia habitual no es caprichosa sino que está guiada porque se considera que para el menor es lo más beneficioso.

La Corte Suprema de la Nación ha dicho que «No se trata, en el caso, de la ejecución de una suerte de medida cautelar dictada en un proceso judicial, sino de un procedimiento autónomo respecto del contencioso de

<sup>5</sup> V. BASZ, S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*, «La Ley», 1996-B, p. 610. Así también se ha dicho que «Hace falta el *exequátur*? Decididamente no. El Convenio de La Haya no pertenece al tipo de convenciones internacionales que precisen o posibiliten el reconocimiento o la ejecución de sentencias. Su misión se cumple con el retorno inmediato del menor al lugar de la residencia habitual que tenía inmediatamente antes de la sustracción. El propio texto, según surge del art. 20, impide a las autoridades detenerse sobre la cuestión de fondo en controversia», V. BASZ, S. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *Divorcio y restitución internacional de menores o sobre ¿quién podrá defender a los niños?*, «Revista de Derecho de Familia», 2000-16-59, secc. Doctrina; E. HOOFT, *Restitución internacional de menores. Un caso argentino-brasileño*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006-6-664.

<sup>6</sup> Cámara Nacional Civil, sala H, 02.03.1995, A., L. A., Abeledo Perrot N°: 70003199.

fondo, que se instaura a través de las llamadas ‘autoridades centrales’ de los estados contratantes. Dicho procedimiento se circunscribe al propósito de restablecer la situación anterior, jurídicamente protegida, que le fue turbada, mediante el retorno inmediato del menor desplazado o retenido ilícitamente en otro Estado contratante<sup>7</sup>».

c) Es ajeno el proceso contencioso sobre tenencia o divorcio

El procedimiento que prevé la Convención de La Haya o la Convención Interamericana no tienen nada que ver con los juicios de divorcio o de tenencia.

Por eso se ha dicho que «La finalidad del Convenio de La Haya es evitar la definición de la mal llamada ‘tenencia’ o ‘custodia’ de los hijos menores a través de las vías de hecho, sustrayendo el caso de sus jueces naturales». Es decir, su objetivo esencial es combatir la posibilidad de que los individuos puedan cambiar la jurisdicción a su criterio para obtener una decisión judicial que favorezca (*forum shopping* o *forum conveniens*). Ello indica que las restituciones de niños y/o adolescentes deben ser resueltas inmediatamente por las autoridades administrativas o judiciales del Estado donde éstos han sido trasladados a fin de evitar su arraigo y con ello provocarles un daño mayor. Como bien se ha observado, «Es evidente que cuanto más tiempo transcurra entre el traslado o retención ilícita y la decisión a adoptar, ésta será mucho más difícil para aquel que tiene que resolver pues el menor habrá desarrollado un nuevo centro de vida en el Estado requerido<sup>8</sup>».

d) Es una acción de naturaleza cautelar, que se agota con la sentencia que dispone la restitución

El procedimiento de restitución internacional de menores no necesita de ninguna acción ulterior ya sea de divorcio o tenencia. Basta solo con el pedido de que el menor vuelva al lugar de residencia habitual para hacer cesar el traslado o retención ilícitos. La naturaleza de este tipo de procesos se asemeja más a un procedimiento cautelar que a uno de fondo, lo que ha llevado a que la doctrina diga que se trata de de una acción «autónoma por su objeto y específica por su perfil procesal, pues puede verse agotada con la sola restitución, sin ser seguida de una acción posterior a cautelar<sup>9</sup>».

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, «Jurisprudencia Argentina» 1995-III-434.

<sup>8</sup> M.V. FAMÁ, *Cuando los niños se vuelven botín de guerra internacional de sus progenitores*, «Doctrina Jurídica», 24.06.2009.

<sup>9</sup> C.G. CÉDOLA, *La restitución internacional de menores en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando la mora judicial afecta superiores intereses*, «Suplemento de Jurisprudencia Argentina», 03.08.2011, Abeledo Perrot N°: 0003/015524; L.B. SCOTTI, *Un destacable pronunciamiento de la Corte Suprema en materia de restitución internacional*

Se trata de decisiones provisionarias, pues la finalidad es evitar la solución de la tenencia a través de las vías de hecho, que sustraen el caso a los jueces naturales, que son quienes luego decidirán sobre las cuestiones de fondo que se plantearen<sup>10</sup>.

e) Haría falta que fuera reglamentada en los códigos procesales

Una falencia de la legislación argentina es que haría falta que los códigos procesales reglamentaran el procedimiento de sustracción de menores. En el reparto de competencias argentino, corresponde a la Nación dictar los códigos de fondo, pero son las provincias las que tienen reservada la facultad de legislar en materia de procedimientos judiciales. Por eso sería conveniente de que en el futuro se adecuaran los procedimientos que existen para casos de restitución de menores, no solo para los casos en los que se plantean acciones bajo el amparo de los convenios mencionados sino también para aquellos casos en los cuales los asuntos provienen de países que no son suscriptores de dichos convenios. En este último supuesto es altamente inconveniente recurrir a las reglas ordinarias de ejecución de sentencias extranjeras o al procedimiento sumarísimo<sup>11</sup>.

g) La ley de la residencia habitual rige la custodia, tenencia guarda u otros derechos conexos

Tema típico de derecho internacional privado es que en el procedimiento de restitución no rige la ley del país donde el menor está retenido ilegalmente sino la del país en donde se otorgó la tenencia o guarda. Esto tiene como razón de ser la de evitar que los padres que trasladan o retienen ilícitamente elijan países con legislación favorable a sus pretensiones<sup>12</sup>. Como ha expresado una autora «las vías de hecho solamente son útiles al permitir el forum shopping cuando los propios tribunales lo hacen, en aras de un supuesto interés nacional. Entre naciones civilizadas que aceptan los mismos principios básicos y no olvidan el interés del menor, cualquier decisión sobre su tenencia va a ser similar, en tanto que son únicamente efectivas las vías de hecho en países que no aceptan las reglas del derecho internacional privado<sup>13</sup>». Esto quiere decir que en los casos que se litiguen ante los tribunales argentinos, la legislación de fondo será siempre extranjera.

---

*de menores*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», año 2, *La Ley*, agosto de 2010, p. 82.

<sup>10</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 183.

<sup>11</sup> De acuerdo: N.E. SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, «La Ley», 2006-C, p. 271.

<sup>12</sup> J.E. BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, «La Ley», 2004-D, p. 760.

<sup>13</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 184.

Por otro lado se ha elegido a la residencia como punto de conexión o contacto para determinar el derecho aplicable y no el domicilio que es el punto de conexión elegido por el derecho argentino para los estatutos personales.

Sin embargo, en materia de menores la Argentina ha seguido la tendencia internacional, que para la protección de menores hace prevalecer al punto de conexión residencia por sobre el domicilio. Ejemplo de ello son el Convenio de La Haya relativo a la Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en materia de Protección de menores, de 1960/1; el Convenio que funda esta causa; la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de adopción de menores (C.I.D.I.P. III, La Paz, 1984), la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (C.I.D.I.P. IV, Montevideo, 1989); la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (C.I.D.I.P. IV, Montevideo 1989); el Convenio argentino-uruguayo sobre protección internacional de menores (Montevideo, 1981).

En un fallo<sup>14</sup> se ha dicho que «por residencia habitual hay que entender aquel lugar donde el menor tiene su centro de vida. Se trata de una cuestión de hecho que debe diferenciarse de la noción de domicilio (cfr. I. GOICOCHEA, M. SEOANE de CHIODI, *Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores*, «La Ley», 1985-D, p. 1412/1427; I. GOICOCHEA, *Aspectos prácticos de la sustracción internacional de menores*, RDF 30-2005-65). En tal sentido y a partir de la conferencia de La Haya, en la sesión del año 1900, se sustituyó en materia de tutela, el concepto de domicilio por el de residencia habitual (Cam. 1º, Civil y Cial. San Isidro, Sala I, agosto 31-2000, ED 191-115). Se recepciona así un concepto sociológico y no jurídico, poniendo especial énfasis en la situación de hecho y concreta, despojado de situaciones jurídicas y formales como sería en el caso de remitir al domicilio del menor».

La residencia habitual es el lugar donde desarrolla sus actividades, donde está establecido con un cierto grado de permanencia y el centro de sus afectos y vivencias. La residencia, como lugar donde el menor tiene su centro de vida, respeta de mejor manera el interés superior del niño, pues como se ha dicho: «el verdadero sentido que debe asignársele, cual es la integración del niño, que requiere indagar en un aspecto psicológico más profundo, pues el mismo representa la idea de que el niño no está solamente físicamente en determinado lugar sino que se encuentra integrado a él. Por ello, el factor tiempo no es decisivo a tal fin, pues por mucho tiempo

---

<sup>14</sup> Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 1 de La Plata, 07.04.2009, C., C. c. L., M. E., «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

que permanezca en un lugar, podría no estar integrado al mismo<sup>15</sup>». Otros autores en sentido coincidente han dicho que la residencia que mencionan los convenios «se debe entender como una cuestión de hecho, de carácter sociológico, diferente a la noción de domicilio, de carácter normativo, que en la aplicación de esta Convención carece de relevancia, como tampoco la tiene la nacionalidad de los progenitores o la del menor<sup>16</sup>».

La Corte Suprema de la Nación<sup>17</sup> ha dicho que «la regla atributiva *forum personae* (utilizada por V.E. en varios precedentes – Fallos: 308:932; 315-16; v. asimismo Fallos: 320:245; entre otros), hace referencia al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediatez, valiosísimo elemento en el manejo de casos de esta índole. En nuestros días, esa pauta se profundiza y refina, en el tamiz que aporta la noción centro de vida, que hace suya el art. 3º inc. f) de la ley 26.061, como una derivación concreta del mejor interés del niño, y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez (v.gr. Conferencias de La Haya de 1894 sobre tutela, de 1961 y de 1996 sobre competencia y ley aplicable en materia de protección de menores; y de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores)».

Cabe agregar que con posterioridad a la sanción de los convenios internacionales reseñados, se dictó en Argentina la ley 26.061, que contempla el centro de vida, como elemento fundamental a tener en cuenta, al ocuparse del interés superior del niño (art. 3º, inc. f), al que define como «el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia».

Sin embargo es más apropiada la noción centro de vida, en cuanto a los litigios de restitución internacional de menores, que prevé el decreto 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, al señalar que: «El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f) del art. 3º se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad (art. 3º)».

<sup>15</sup> N.E. SOLARI, *Sustracción internacional de menores. El 'centro de la vida' del menor en el contexto del convenio de La Haya*, «La Ley Córdoba», 2006, p. 793.

<sup>16</sup> L.B. SCOTTI, *Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 20.08.2008, *Ferreira, Miguel Angel*, <[www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html](http://www.csjn.gov.ar/jurisprudencia.html)> (conexión 29.04.2014).

## 2.1. *Análisis breve del Convenio de La Haya*

El Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, adoptado el 25 de octubre de 1980 por la 14a. sesión de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional, fue incorporado al derecho Argentino mediante la ley 23.857, publicada el 31.10.1990.

Es decir que un primer elemento de interpretación nos indica que esta Convención de La Haya, que es de 1980, es anterior a la Convención de Derechos del Niño, que fue adoptada y abierta a la firma y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Sin embargo la Convención de Derechos del Niño es el marco jurídico de referencia de todas las acciones de protección integral a los niños y la Convención sobre aspectos civiles de sustracción de menores se considera complementaria de aquélla.

Por su parte, tanto para la Convención de La Haya como para la Convención Interamericana, es menor toda persona que no haya cumplido la edad de 16 años. Superada esa edad no se aplican estas dos convenciones. La calificación de quién es menor no se deja librada a los estados suscriptores, sino que es fijada de manera autárquica.

### 2.1.1. *Finalidad de la Convención Internacional de La Haya*

La finalidad de la Convención Internacional de La Haya es:

- a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) Velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

Para estos fines debe implementar procedimientos rápidos y eficaces para garantizar el retorno del menor al lugar donde residía antes de la transferencia ilícita, buscando volver las cosas al estado anterior, que fuera iterado unilateralmente por uno de los progenitores o un tercero<sup>18</sup>. El Presidente Ronald Reagan, al recomendar la aprobación de la Convención de La Haya por parte del Senado de los EE.UU., resumía los objetivos de ésta diciendo: «La Convención no busca resolver disputas sobre los derechos de tenencia ni tampoco depende de la existencia de órdenes judiciales como condición para la restitución del menor. Se le niega al

---

<sup>18</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

progenitor que sustrae internacionalmente a un menor toda ventaja legal por la ‘sustracción de’ o la ‘retención en’ el país de residencia del menor, dado que al recurrir a la Convención se hace efectiva la rápida restitución del menor a las circunstancias anteriores a la sustracción o retención. En la mayoría de los casos ello significará que el menor retorne a su país de residencia habitual donde puedan llevarse a cabo y resolverse disputas sobre la tenencia legal<sup>19</sup>».

### 2.1.2. *Carácter ilícito del traslado o retención*

El presupuesto de procedencia de la aplicación de la Convención es que haya existido un traslado o retención ilícitos.

Esto se configura:

a) Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) Cuando este derecho se ejercía en forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

Es decir que la convención efectúa una calificación autárquica de lo que se considera ilícito en cuanto a traslado y retención, independientemente de la consideración que pueda realizar cualquier juez nacional, estableciendo así una categoría universal y uniforme a todos los Estados ratificantes de la Convención<sup>20</sup>.

La Convención aclara que «El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el derecho de dicho Estado».

Dos son entonces las situaciones en que los mecanismos de la Convención de La Haya se activan. Una es cuando *ab initio* el menor sale ilegalmente de un país, sin autorización, hacia otro país. En ese caso desde un primer momento el traslado es ilícito. La otra situación consiste en que la salida es autorizada, es decir lícita desde un comienzo, como por

<sup>19</sup> D.R. RIVERS, *The Hague International Child Abduction Convention and the International Child Abduction Remedies Act: Closing Doors to the Parent Abductor*, en *The Transnational Lawyer*, p. 608-617, citado por S.N. HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, «La Ley», 1996-C, p. 1393.

<sup>20</sup> BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, cit., p. 760.

ejemplo un viaje de vacaciones, pero que se transforma en violatoria de la ley, cuando, pasado el tiempo autorizado, el menor no vuelve al lugar donde residía.

### *2.1.3. Calificación autárquica del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

La Convención tiene una particularidad, cual es la de poner fin a toda controversia sobre el status jurídico del menor. Es sabido que por regla en el derecho internacional privado, la capacidad de las personas, en este caso, la minoridad, se juzga de acuerdo a la ley personal, sea esta la domiciliaria o la nacionalidad. Prácticamente todos los sistemas jurídicos del mundo optan por someter la capacidad a la ley persona en uno de los dos sistemas. La Convención opta por una calificación autárquica, es decir no remite a ningún ordenamiento para tener que decidir si una persona es o no menor. Directamente considera que es menor, a los efectos de aplicación de la Convención, a toda persona que no ha cumplido 16 años. Esto no quiere decir que si un progenitor quiere pedir la restitución de un menor de 16 que no ha cumplido 18 años de edad, que para la ley argentina sigue siendo menor, no pueda hacerlo, solo que deberá acudir a las reglas ordinarias.

Igualmente la Convención de La Haya tiene otra calificación autárquica de lo que debe entenderse por derechos de custodia y las prerrogativas que confiere, sobre todo el de trasladar por un breve período de tiempo al menor hacia otro Estado. Así se aclara que a los efectos de la Convención: «a) El derecho de custodia comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) El derecho de visita comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual».

### *2.1.4. Autoridades centrales*

La Convención sigue el sistema de designar autoridades centrales encargadas del cumplimiento de las obligaciones que surgen del convenio y que además deben cooperar entre sí con las autoridades centrales de los otros estados para facilitar el cumplimiento de estos objetivos.

En especial las autoridades centrales de cada país deben:

- «a) Localizar a los menores trasladados o retenidos de manera ilícita;
- b) Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;

- c) Garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) Intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) Facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del convenio;
- f) Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se organice o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;
- g) Conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) Garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) Mantener mutuamente informadas sobre la aplicación del presente convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación».

En la República Argentina la autoridad central es la Dirección de Asistencia Judicial Internacional, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

#### *2.1.5. Procedimiento*

La Convención busca facilitar al máximo los trámites de la restitución de menores. En principio «toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia», está legitimada para iniciar el procedimiento.

Ese procedimiento se inicia con una solicitud o formulario tipo en la que se debe hacer constar:

- «a) Información relativa a la identidad del demandante, del menor y de la persona que se alega que ha sustraído o retenido al menor;
- b) La fecha de nacimiento del menor, cuando sea posible obtenerla;
- c) Los motivos en que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor;
- d) Toda la información disponible relativa a la localización del menor y la identidad de las personas con la que se supone que está el menor».

Si bien no es necesario, se puede agregar a la solicitud y en algunos casos es altamente recomendable:

- «e) Una copia legalizada de toda decisión o acuerdo pertinentes;
- f) Una certificación o declaración jurada expedida por una autoridad central o por otra autoridad competente del Estado donde el menor tenga su residencia habitual o por una persona calificada con respecto al derecho

vigente en esta materia de dicho Estado;

g) Cualquier otro documento pertinente».

No es necesario que exista un procedimiento judicial previo.

Una vez que la autoridad central del país donde el menor tiene residencia habitual analiza la documentación, y considera que el pedido es admisible, debe transmitir la demanda directamente y sin demora a la autoridad central de ese Estado contratante e informar a la autoridad central requirente, o en su caso al demandante. La autoridad central puede rechazar la demanda «cuando se ponga de manifiesto que no se han cumplido las condiciones requeridas en el presente convenio o que la demanda carece de fundamento. En ese caso la autoridad central informará inmediatamente sus motivos al demandante o a la autoridad central por cuyo conducto se haya presentado la demanda, según el caso».

Una vez que la autoridad central recibe la solicitud de asistencia, debe adoptar o hacer que se adopten todas las medidas adecuadas tendientes a conseguir la restitución voluntaria del menor. La Convención permite interponer la solicitud ante «la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante», aunque lo usual es que se lo haga ante la autoridad central del Estado donde el menor tiene residencia habitual.

#### *2.1.6. El factor tiempo*

El objetivo primordial de la Convención de La Haya es lograr la inmediata restitución del menor. Son casos distintos a los que usualmente pueden plantearse en los tribunales porque mientras más pequeño es el menor, más irreparable puede ser el daño que le ocasiona la privación del contacto con el otro progenitor.

La doctrina nacional ha dicho que «La brevedad del tiempo contemplada en la Convención, se debe a que, en aplicación de la misma, no está en juego la cuestión de fondo, sino que se busca que el menor regrese al país de origen, que es donde tiene su residencia habitual, siendo este último el lugar donde se debatirá, oportunamente, la cuestión de fondo<sup>21</sup>».

Así se establece que la autoridad central requerida tiene un plazo de seis meses que se cuentan a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, para llegar a una decisión. Caso contrario debe informar al demandante o la autoridad central del Estado requirente, cuáles son los motivos de la demora.

---

<sup>21</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

Por otro lado se establece que «cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor». En cambio si hubiera transcurrido más de un año, la restitución procede igualmente, salvo que se demuestre que el menor «ha quedado integrado en su nuevo medio».

Con esto último se preserva el superior interés del niño, que puede haberse integrado a la vida escolar, haber formado un círculo de amigos, por lo que sería muy perjudicial que volviera a su antiguo lugar de residencia. La doctrina nacional ha dicho que si transcurre más de un año, e igualmente se ordena la restitución, puede comprometerse el derecho del menor a obtener una decisión judicial en un plazo razonable, pues ya podría estar integrado a un nuevo medio<sup>22</sup>.

#### 2.1.7. Casos de improcedencia

La restitución no procede si «a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención»; o

«b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable».

Son casos sumamente graves. Por lo general se observa una tendencia sumamente restrictiva a aplicar estas causas de improcedencia, pese a que es usual que sean planteadas por el progenitor que se resiste a la entrega del menor. La jurisprudencia ha dicho que «el derecho del niño a no ser desarraigado de su residencia habitual cede ante el interés que posee como toda persona a no ser expuesta a un daño físico o psíquico o ubicarlo en una situación intolerable, es decir, aun cuando el interés personal del guardador desposeído debe prevalecer sobre el del autor de la vía de hecho, cede ante el interés superior del niño<sup>23</sup>».

<sup>22</sup> C.G. CÉDOLA, *La restitución internacional de menores en un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cuando la mora judicial afecta superiores intereses*, SJA 03.08.2011, Abeledo Perrot N°: 0003/015524.

<sup>23</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral», 2009, p. 585.

Otra causal que también es muy importante para los derechos humanos del menor es el derecho a ser oído (art. 12 Convención de los Derechos del Niño). La Convención prevé que «La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones».

Es decir que alcanzada cierta edad, es obligación para el tribunal escuchar al menor antes de tomar una decisión sobre su lugar de residencia<sup>24</sup>.

Finalmente se prevé una excepción de orden público en el art. 20: «La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales».

Respecto de la excepción de orden público debe aclararse que se refiere al orden público internacional y no al orden público interno, que es sacrificado por el compromiso internacional que asumen los países signatarios. Así la Corte Suprema ha dicho que «Que la tensión entre los principios del orden público interno de un Estado contratante y el sacrificio que es lícito exigir al padre desposeído por las vías de hecho, en aras del interés del niño, se resuelve en el precepto contenido en el art. 20 de la Convención de La Haya, que dice: « La restitución del menor conforme a lo dispuesto en el art. 12 podrá denegarse cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales». El texto está inspirado en el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales – que se hallaba en vigor en un número considerable de estados miembros de la Conferencia de La Haya al tiempo de la discusión de la Convención en examen – y fue incorporado en la reunión final de octubre de 1980, como solución de compromiso para evitar que la introducción de una cláusula – o de una reserva – por la que el Estado requerido pudiese invocar los principios de su legislación en materia de Derecho de familia para oponerse a la restitución, frustrara o vaciara de contenido el sistema instaurado (Actes et Documents de la Quatorzième Session, t. III, ps. 306/307 rapport E. Pérez Vera, p. 434; Adair Dyer, ‘*International Child Abduction by parents*’, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, t. 1980-III, esp. p. 262). Que, precisamente, esta resignación a la invocación del orden público

---

<sup>24</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a la vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos<sup>25</sup>».

#### 2.1.8. *Facilidades procesales*

Tal como se ha dicho la Convención busca un trámite rápido y sencillo para lograr la pronta restitución del menor.

A tal fin la Convención dispone algunas facilidades procesales para las partes en la presentación y tramitación del pedido:

«a) No podrá exigirse ninguna fianza ni depósito, cualquiera que sea la designación que se le dé, para garantizar el pago de las costas y gastos de los procedimientos judiciales o administrativos previstos en el convenio.

b) No se exigirá, en el contexto del presente convenio, ninguna legalización ni otras formalidades análogas.

c) Los nacionales de los Estados contratantes y las personas que residen habitualmente en esos Estados tendrán derecho en todo lo referente a la aplicación del presente convenio, a la asistencia judicial y al asesoramiento jurídico en cualquier otro Estado contratante en las mismas condiciones que si fueran nacionales y residieran habitualmente en ese otro Estado.

d) Cada autoridad central sufragará sus propios gastos en la aplicación del presente convenio.

e) Las autoridades centrales y otros servicios públicos de los Estados contratantes no impondrán cantidad alguna en relación con las demandas presentadas en virtud de lo dispuesto en el presente convenio ni exigirán al demandante ningún pago por las costas y gastos del proceso ni, dado el caso, por los gastos derivados de la participación de un abogado o asesor jurídico. No obstante, se les podrá exigir el pago de los gastos originados o que vayan a originarse por la restitución del menor.

f) Si bien los Estados no pueden exigir el previo pago de las costas, salvo que hayan hecho una reserva específica, los gastos de traslado del menor de un país a otro, no quedan cubiertos, en principio por el convenio». A tal fin se prevé que «Al ordenar la restitución de un menor o al expedir una orden

<sup>25</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

relativa a los derechos de visita conforme a lo dispuesto en el presente convenio, las autoridades judiciales o administrativas podrán disponer, dado el caso, que la persona que trasladó o que retuvo al menor o que impidió el ejercicio del derecho de visita, pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante o en que se haya incurrido en su nombre, incluidos los gastos de viajes, todos los costos o pagos efectuados para localizar al menor, las costas de la representación judicial del demandante y los gastos de la restitución del menor».

## *2.2. Análisis breve de la Convención interamericana*

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, adoptada en Montevideo el 15 de julio de 1989, e incorporada al derecho argentino mediante la ley 25.358 publicada el 12.12.2000, es muy similar a la de Convención de La Haya aunque tiene algunas diferencias o particularismos regionales<sup>26</sup>.

A continuación se la analizará someramente:

### *2.2.1. Carácter ilícito del traslado o retención*

La Convención entiende que «se considera ilegal el traslado o la retención de un menor cuando se produzca en violación de los derechos que ejercían, individual o conjuntamente, los padres, tutores o guardadores, o cualquier institución, inmediatamente antes de ocurrir el hecho, de conformidad con la ley de la residencia habitual del menor».

### *2.2.2. Calificación autárquica del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

En este aspecto es idéntica a la Convención de La Haya. Se califica de forma autárquica al menor, como «toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad». Asimismo se aclara que «Para los efectos de esta Convención:

- a) El derecho de custodia o guarda comprende el derecho relativo al cuidado del menor y, en especial, el de decidir su lugar de residencia;
- b) El derecho de visita comprende la facultad de llevar al menor por un período limitado a un lugar diferente al de su residencia habitual».

---

<sup>26</sup> A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2011, p. 366.

### 2.2.3. *Autoridades centrales*

También se crea una autoridad central, la que. La Convención Interamericana no es tan minuciosa como la Convención de La Haya, aunque en lo sustancial las atribuciones que tiene la autoridad central son casi las mismas: colaborar «con los actores del procedimiento y con las autoridades competentes de los respectivos Estados para obtener la localización y la restitución del menor, llevar a cabo los arreglos que faciliten el rápido regreso y la recepción del menor, auxiliando a los interesados en la obtención de los documentos necesarios para el procedimiento previsto en esta Convención».

En la Argentina la autoridad central es también la Dirección de Asistencia Judicial Internacional, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto.

### 2.2.4. *Procedimiento*

La Convención Interamericana aclara que el procedimiento puede ser:

- a) A través de exhorto o carta rogatoria; o
- b) Mediante solicitud a la autoridad central, o
- c) Directamente, o por la vía diplomática o consular».

En cuanto a la solicitud, se fijan los siguientes requisitos:

a) Los antecedentes o hechos relativos al traslado o retención, así como la información suficiente respecto a la identidad del solicitante, del menor sustraído o retenido y, de ser posible, de la persona a quien se imputa el traslado o la retención;

b) La información pertinente relativa a la presunta ubicación del menor, a las circunstancias y fechas en que se realizó el traslado al extranjero o al vencimiento del plazo autorizado, y

c) Los fundamentos de derecho en que se apoya la restitución del menor.

2. A la solicitud o demanda se deberá acompañar:

a) Copia íntegra y auténtica de cualquier resolución judicial o administrativa si existiera, o del acuerdo que lo motiva; la comprobación sumaria de la situación fáctica existente o, según el caso, la alegación del derecho respectivo aplicable;

b) Documentación auténtica que acredite la legitimación procesal del solicitante;

c) Certificación o información expedida por la autoridad central del Estado de residencia habitual del menor o de alguna otra autoridad competente del mismo Estado, en relación con el derecho vigente en la materia en dicho Estado;

- d) Cuando sea necesario, traducción al idioma oficial del Estado requerido de todos los documentos a que se refiere este artículo, y
- e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno».

#### *2.2.5. El factor tiempo*

Al igual que la Convención de La Haya, la Convención Interamericana persigue la restitución inmediata del menor a su residencia habitual.

A tal fin «Los procedimientos previstos en esta Convención deberán ser instaurados dentro del plazo de un año calendario contado a partir de la fecha en que el menor hubiere sido trasladado o retenido ilegalmente».

Una diferencia con respecto a la Convención de La Haya, es que «si no se conoce el paradero del menor, el plazo se computará a partir del momento en que fueren precisa y efectivamente localizados».

También se aclara que el vencimiento «del plazo del año no impide que se acceda a la solicitud de restitución si a criterio de la autoridad requerida lo justifican las circunstancias del caso, a menos que se demostrare que el menor se ha integrado a su nuevo entorno».

#### *2.2.6. Casos de improcedencia*

Las causales de improcedencia son las mismas que las de la Convención de La Haya, es decir si se prueba «a) Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o, b) Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico».

También se prevé el derecho del menor a oponerse a la restitución siempre que «la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión».

En la apreciación de las circunstancias contempladas en el art. 13, las autoridades administrativas o judiciales deberán tomar en cuenta las informaciones proporcionadas por la autoridad central, o toda otra autoridad competente del Estado de la residencia del niño, sobre su situación social<sup>27</sup>.

A diferencia de la Convención de La Haya, se fijan estrictos límites temporales para manifestar la oposición, la que debe formularse dentro de «del término de ocho días hábiles, que se cuentan a partir hábiles contados a partir del momento en que la autoridad tomare conocimiento personal del menor y lo hiciera saber a quien lo retiene». Luego de recibida la oposición

<sup>27</sup> BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 367.

la autoridad central tiene sesenta días calendarios para resolver el pedido.

Finalmente se aclara que «Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días calendario desde que fuere recibida por la autoridad requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, no se hubieren tomado las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las providencias adoptadas».

Al igual que en la Convención de La Haya está prevista la excepción de orden público.

### 2.2.7. *Facilidades procesales*

La Convención Interamericana también busca facilitar el traslado del menor hacia el lugar de su residencia habitual.

Por ello otorga las siguientes facilidades procesales;

«a) Los exhortos y solicitudes relativas a la restitución y localización podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los agentes diplomáticos o consulares, o por la autoridad central competente del Estado requirente o requerido, según el caso.

b) La tramitación de los exhortos o solicitudes contemplados en la presente Convención y las medidas a que diere lugar, serán gratuitas y estarán exentas de cualquier clase de impuesto, depósito o caución, cualquiera que sea su denominación.

c) Si los interesados en la tramitación del exhorto o solicitud hubieren designado apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgue, estarán a su cargo».

Esto quiere decir que no están obligados a designar apoderado, ya que «Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de los exhortos o cartas rogatorias deben ser practicados directamente por la autoridad exhortada, y no requieren intervención de parte interesada».

d) En cuanto a los gastos de traslado se aclara «estarán a cargo del actor; en caso de que éste careciere de recursos económicos, las autoridades del Estado requirente podrán facilitar los gastos del traslado, sin perjuicio de repetir los mismos contra quien resultare responsable del desplazamiento o retención ilegal. Por eso luego se aclara que las autoridades competentes podrán disponer, atendiendo a las circunstancias del caso, que la persona que trasladó o retuvo ilegalmente al menor pague los gastos necesarios en que haya incurrido el demandante, los otros incurridos en la localización del menor, así como las costas y gastos inherentes a su restitución».

### 2.3. *Análisis del Convenio Argentino Uruguayo*

El Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscripto en Montevideo el 31 de julio de 1981, incorporado al derecho argentino mediante la ley 22546 publicada el 04.03.1982, es el antecedente legislativo más antiguo que existe en la Argentina en materia de restitución de menores. Ha sido aplicado no solo a casos entre la Argentina y Uruguay sino por analogía a casos con otros países latinoamericanos en la época en que todavía no se había sancionado la Convención Interamericana<sup>28</sup>.

Se trata de un convenio bilateral que tiene por objeto «asegurar la pronta restitución de menores que, indebidamente, se encuentren fuera del Estado de su residencia habitual y en el territorio del otro Estado Parte». Su finalidad, al igual que todos los convenios de restitución de menores, se agota con la decisión que ordena el inmediato retorno del menor. Por ello se aclara que «El pedido o la entrega del menor no importará prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su guarda».

#### 2.3.1. *Carácter ilícito del traslado o retención*

El Convenio considera que la retención o traslado es indebida cuando «se produzca en violación de la tenencia, guarda o derecho que, sobre él o a su respecto, ejerzan los padres, tutores o guardadores».

#### 2.3.2. *Calificación autárquica de la residencia del menor y de ciertos aspectos del derecho de custodia*

Una de las diferencias más notorias con los convenios de La Haya e Interamericano, es que carece de una calificación autárquica de lo que se considera menor, remitiéndose a lo «establecido por el derecho del Estado de su residencia habitual».

Pero así como carece de una calificación autárquica en materia de menores, sí la tiene en la definición de residencia. Ninguno de los otros convenios define lo que debe entenderse por residencia. El Convenio Argentino Uruguayo dice que «se entiende por residencia habitual del menor el Estado donde tiene su centro de vida». Se trata de una calificación que ha tenido una importancia expansiva en la jurisprudencia argentina ya que ha sido aplicada por analogía para casos que no están regidos

---

<sup>28</sup> Cámara Nacional Civil, sala B, 26.09.1989, *P. H., M. C. c. N. L., E. A.*, «La Ley» 1991-A, p. 325, con nota de RAMAYO, RAÚL ALBERTO Y PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, A. MARIANA, *Un caso argentino-chileno de restitución de menores*.

por el Convenio Argentino Uruguayo<sup>29</sup>.

### 2.3.3. *Falta de autoridad central*

Otra diferencia notoria, justificada por su carácter de convenio bilateral, es que este convenio no prevé una autoridad central sino que directamente establece que «serán competentes los jueces del Estado de su residencia habitual».

No está previsto por lo tanto un procedimiento de naturaleza administrativa o diplomática sino uno típicamente judicial en el que el procedimiento comienza ante el juez del Estado donde tiene residencia el menor, quien luego debe exhortar a su par del otro país para que cumpla con los trámites de una pronta restitución.

### 2.3.4. *Procedimiento*

La solicitud de restitución deberá acreditar:

1. Legitimación procesal del actor.
2. Fundamento de la competencia del exhortante.
3. Fecha en que se entabló la acción.

Asimismo deberán suministrarse datos sobre la ubicación del menor en el Estado requerido.

### 2.3.5. *El factor tiempo*

Una vez recibida el exhorto de restitución del menor, el juez exhortado tiene el deber de tomar «de inmediato y, sin más trámite, conocimiento de visu» del menor, adoptar «las medidas necesarias para asegurar su guarda provisional en las condiciones que aconsejen las circunstancias y disponer, sin demora, la restitución del menor».

El juez exhortado puede «admitir la presentación de éste o de quien controvierta la procedencia de la restitución exhortada, sólo cuando el derecho en que se funde la oposición se justifique con la agregación de prueba documental». En ese caso el procedimiento a seguir es «dentro de los tres días» de recibida la documentación mencionada, comunicar la circunstancia al juez exhortante, «acompañando copia íntegra de la oposición deducida y de la documentación pertinente».

Si el juez exhortado insiste con el pedido de restitución el juez exhortado debe ordenar sin más trámite la medida.

Si dentro del plazo de sesenta días corridos desde que fuere transmitida

---

<sup>29</sup> *Ibid.*

la comunicación de oposición por el Ministerio de Justicia del Estado requerido, no se recibiere exhorto reiterando la solicitud de restitución, el juez exhortado ordenará sin más trámite el levantamiento de las medidas dispuestas.

Si dentro del plazo de cuarenta y cinco días corridos desde que se comunicare al Ministerio de Justicia del Estado requirente la resolución por la cual se dispone la entrega, el juez exhortante no arbitrare las medidas necesarias para hacer efectivo el traslado del menor, quedarán sin efecto la restitución ordenada y las medidas adoptadas.

Como se advierte el trámite previsto es sumamente rápido y no requiere por parte del juez exhortado el seguimiento de los trámites ordinarios de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

Finalmente se aclara que «no se dará curso a las acciones previstas en este convenio, cuando ellas fueren entabladas luego de transcurrido el plazo de un año a partir de la fecha en que el menor se encontrare indebidamente fuera del Estado de su residencia habitual y que En caso de menores cuyo paradero se desconozca, el plazo se computará desde el momento en que fueren localizados».

#### *2.3.6. Casos de improcedencia*

El juez exhortado solo puede negarse a ordenar la restitución «en los casos en que ello signifique grave riesgo para su salud».

#### *2.3.7. Facilidades procesales*

A los fines de que e procedimiento sea lo más expeditivo posible, el pedido de restitución:

a) Los gastos que demande este traslado, estarán a cargo de quien ejerza la acción.

b) Las solicitudes de restitución y localización serán transmitidas a través del Ministerio de Justicia del Estado requirente al del Estado requerido, que las hará llegar a juez competente.

c) Las solicitudes y la documentación anexa no necesitarán legalización.

d) Las diligencias y trámites necesarios para hacer efectivo el cumplimiento de las solicitudes no requerirán petición expresa ni la intervención de parte interesada, debiendo ser practicadas de oficio por el juez exhortado, lo cual no obsta a que las partes intervengan por sí o por intermedio de apoderado.

e) La tramitación de los exhortos contemplados en el presente convenio y las medidas a que dieren lugar, serán recíprocamente gratuitas.

f) Si el interesado en la ejecución del exhorto ha designado un apoderado en el foro requerido, los gastos y honorarios que ocasionare el ejercicio del poder que otorgó no estarán a cargo de los Estados Parte.

### *3. El proyecto de código civil*

El Poder Ejecutivo de la Nación envió al Congreso de la Nación Argentina un proyecto de reforma integral al código civil, que como novedad incluye un cuerpo orgánico de derecho internacional privado que regula la restitución internacional de menores, en el art. 2642 dice «En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño.

El juez competente para decidir la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

A petición de parte legitimada o a requerimiento de autoridad competente extranjera, el juez argentino que toma conocimiento del inminente ingreso al país de un niño o adolescente cuyos derechos puedan verse amenazados, puede disponer medidas anticipadas a fin de asegurar su protección, como así también, si correspondiera, la del adulto que acompaña al niño o adolescente».

La regulación proyectada es un claro avance frente a la orfandad actual de reglas generales en aquellos casos en los cuales no hay un convenio internacional aplicable.

Como principio recoge la tendencia jurisprudencial dominante que aplica por analogía las reglas de los convenios internacionales a situaciones no regidas por ellas. El problema es que todas las convenciones tienen diferencias como se acaba de ver en el análisis realizado. Así por ejemplo el Convenio argentino uruguayo define a la residencia como el lugar donde el menor tiene su centro de vida, pero los demás convenios no la mencionan. De la misma manera la Convención de La Haya considera que es menor quien no ha cumplido 16 años (art. 4), efectuando una calificación autárquica, mientras que el Convenio argentino uruguayo remite a la legislación del país donde el menor tiene residencia habitual (art. 4).

#### 4. *Análisis jurisprudencial*

Como se advierte en los convenios internacionales que incorporan al derecho argentino la figura de la restitución internacional de menores son relativamente recientes, por lo que también lo es la jurisprudencia que a continuación se analizará procurando señalar los principios de derechos humanos que recogen esos fallos.

El principio rector de la Convención de los Derechos del Niño es buscar siempre y en toda situación que involucre a niños, la preservación del «superior interés del niño». El art. 3 de dicha convención dice que «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los organismos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». El principio se repite además en los arts. 9, puntos 1 y 3; art. 20, punto 1; art. 21 y art. 37, inciso c. Es que como ha dicho un autor, «no se trata de la restitución de un objeto debido o disputado entre copropietarios<sup>30</sup>».

Debe aclararse, antes de comenzar el análisis, que si bien la Convención de los Derechos del Niño es del año 1989 y todos los convenios internacionales que rigen en la Argentina son anteriores a esa fecha, como el Convenio Argentino Uruguayo que es del año 1981, o la Convención Internacional de La Haya, que es del año 1980, o la Convención Interamericana que es de julio de 1989 mientras que la Convención de los Derechos del Niño fue aprobada en octubre de 1989, se observa que todas las convenciones tuvieron siempre en miras el superior interés del niño. La razón de ser es más que obvia, pero puede resumirse en que los niños terminan siendo el objeto de las disputas entre los progenitores debido a la desavenencia matrimonial se acentúa por la profunda vulnerabilidad de los niños o adolescentes que son puestos en un tensa situación<sup>31</sup>.

La doctrina ha dicho que «si bien es cierto que la Convención de La Haya no contiene en su parte dispositiva una referencia específica al ‘interés superior del niño’, su silencio no implica que lo ignora<sup>32</sup>. La doctrina especializada dice que el interés que se persigue es «superior, toda vez que entre el eventual conflicto entre los padres y el niño o bien entre la

---

<sup>30</sup> WEINBERG, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 183.

<sup>31</sup> BRIZZIO, *La aplicación de la CIDIP IV sobre Restitución Internacional de Menores en los tribunales de Córdoba*, cit., p. 760.

<sup>32</sup> HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, cit., p. 1393.

sociedad y el niño, debe primar el protegido por la Convención. Éste es su objetivo primordial<sup>33</sup>.

Así, el Convenio Argentino Uruguayo dice que las autoridades lo firman «profundamente convencidos de la necesidad de proteger los intereses del menor», la Convención de La Haya dice «Profundamente convencidos de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia» y finalmente la Convención Interamericana no menciona al interés del menor como objetivo a conseguir. Ninguna de las convenciones menciona al ‘superior’ interés de niño, que en la Argentina es un principio de jerarquía constitucional, en virtud del art. 75 inc. 22 que incorporó a la Convención de los derechos del Niño a la Constitución y le otorgó jerarquía constitucional.

Eso no quiere decir que la jurisprudencia no haya reconocido que el principio guía de interpretación de los casos de restitución de menores no haya sido el ‘superior’ interés del niño. Así la Corte Suprema<sup>34</sup> dijo que «Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu quo anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos».

Para la doctrina nacional ‘interés superior del niño’ no es un derecho sino un ‘principio’, que debe ser interpretado y compatibilizado con el resto del ordenamiento jurídico. Así se ha dicho que «En verdad, así como no hay derechos absolutos, tampoco puede sostenerse que haya principios absolutos, como sería el interés superior del niño. La concordancia y armonía del sistema exige que el mismo sea valorado con los demás derechos y principios en juego. Que estemos en presencia de un principio rector no lleva a sostener, indiscriminadamente, que ha de imponerse ante cualquier circunstancia<sup>35</sup>».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la expresión ‘interés superior del niño’ – art. 3° de la Convención de los

<sup>33</sup> BASZ, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, *El derecho internacional privado y la restitución internacional de menores*, cit., p. 610.

<sup>34</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

<sup>35</sup> N.E. SOLARI, *Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2010, p. 27.

Derechos del Niño – implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus ‘derechos’ deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas en todos los órdenes relativos a la vida de éste<sup>36</sup>.

Por eso se ha propuesto conceptualizar al interés superior del niño como «un principio general del derecho positivo – con jerarquía constitucional –, cuyo contenido se integra con derechos y garantías. ¿Qué derechos y garantías? Los enumerados en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como las demás disposiciones vigentes en el derecho positivo<sup>37</sup>».

#### 4.1. Casos jurisprudenciales

El *leading case* en Argentina fue el caso fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 1995<sup>38</sup>, con una ajustada votación cinco a cuatro, que se hizo famoso porque fue discutido no solo en los tribunales sino fundamentalmente en los estudios de televisión<sup>39</sup>.

Los hechos fueron los siguientes: los padres de la niña se casaron en Buenos Aires el 03.12.85 y llegaron al Canadá en marzo de 1986. La menor, de cuatro años de edad al tiempo del acto que dio origen al litigio, nació en Guelph, Provincia de Ontario, Canadá, el 06.02.90. La niña vivía con sus padres en una residencia universitaria para estudiantes casados y asistía al jardín de infantes. El padre gozaba de la residencia propia de la condición de estudiante, que le fue renovada periódicamente durante ocho años, y que trabajaba en la universidad, percibiendo una remuneración. La madre de la niña afirmó que a fines del año 1993 decidió venir a Buenos Aires con su hija a pasar las ‘fiestas’ con su familia, con conocimiento del padre. El padre sostuvo que tomó conocimiento el 06.01.94 de la decisión de la madre de no regresar al Canadá y de permanecer con

---

<sup>36</sup> Opinión Consultiva OC- 17/2002, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>37</sup> SOLARI, *Un principio con jerarquía constitucional: El interés superior del niño*, cit., p. 27.

<sup>38</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 14.06.1995, *Wilner, Eduardo Mario v. Osswald, María Gabriela*, *Jurisprudencia Argentina* 1995-III-434.

<sup>39</sup> Lamentablemente los medios de comunicación distorsionaron el caso *D. W.*, introduciendo en la sociedad elementos valorativos tendientes a favorecer los intereses de los propios nacionales, y prestando escasa atención al correcto planteo jurídico del mismo. HIDALGO, *Restitución internacional de menores en la República Argentina*, cit., p. 1393.

la niña en la República Argentina. En febrero de 1994 el Sr. Wilner solicitó la asistencia de la Autoridad Central correspondiente a la Provincia de Ontario, para reclamar la restitución de la menor en los términos de la Convención de La Haya. El 7 de marzo de ese año se dictó una decisión judicial en la Corte de Ontario, que atribuyó la custodia de la niña a su padre. Finalmente, el 21.03.94 la Autoridad Central de la República Argentina presentó el pedido de restitución ante el juez local. La Cámara Civil hizo lugar al pedido de restitución lo que fue confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema dijo que «La jerarquización de intereses – con preeminencia del interés superior del niño – que propugna la recurrente, es respetada en la Convención de La Haya. A su vez, la República Argentina, al obligarse internacionalmente con otros países por este convenio, acoge la directiva del art. 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño: ‘1. Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero. 2. Para este fin, los Estados Partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes’. Adviértase que esta Convención también dirige a los padres la exhortación de tener como preocupación fundamental el interés ‘superior del niño’ (art. 18 párr. 1). En tales condiciones es evidente que en el Derecho internacional la Convención de La Haya armoniza y complementa la Convención sobre los Derechos del Niño». Este párrafo, en el que la Corte Suprema declara que el interés superior del niño es el principio rector en materia de restitución internacional de menores, fue reiterado en numerosas oportunidades<sup>40</sup>.

Respecto del factor tiempo, de la celeridad de la restitución, la Corte dijo que «es fundamental la rapidez que se imprima al trámite, a fin de evitar que el transcurso del tiempo premie al autor de una conducta indebida, consolidando la integración del menor a un nuevo medio. En este sentido, el pedido que la Autoridad Central argentina formuló en la audiencia del 18.05.94 y que responde al imperativo contenido en el art. 11 de la citada Convención: ‘Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 21.12.2010, *R., M. A. c. F., M. B.*, LL 2011-C, 412; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *W., D. c. S. D. D. W. s/demanda de restitución de menor*, del 22.11.2011, LL 07.12.2011; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegración de hijo*, del 08.11.2011, «La Ley» 07.12.2011; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), *V., D. L. s/ restitución de menores - ejecución de sentencia extranjera*, del 16.08.2011, «La Ley», 2011-E, p. 35.

restitución de menores'. Especial atención ha de ponerse a esta directiva – máxime dado las características del sistema judicial argentino –, a fin de que el paso del tiempo no desvirtúe el espíritu del tratado puesto que la integración del menor al nuevo medio no constituye un motivo autónomo de oposición, aun cuando el segundo desplazamiento fuese conflictivo».

En ese caso la madre se opuso invocando la excepción contenida en el art. 13 inc.b de la Convención de La Haya, alegando casualmente que la restitución a Canadá viola derechos humanos de la niña. Al respecto la Corte dijo que «En el sub lite cabe excluir que el regreso de la menor al Canadá con su padre importe la violación o el peligro de violación de un derecho humano fundamental de la niña, habida cuenta de los informes sociológicos y psicológicos reunidos en la causa, que dan cuenta de la regularidad de los factores externos y de la calificación de ambos progenitores para garantizar la protección física y el respeto de los derechos de la niña, incluido el derecho de visita del progenitor que, en ocasión de tomarse la decisión sobre el fondo, no reciba la tenencia».

Con respecto al derecho a ser oído que tiene el menor, la Corte dijo que «no es un imperativo la consulta directa de la voluntad de la niña. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño impone a los Estados la obligación de garantizarle el derecho a ser oído, ya sea “directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, circunstancia satisfecha en el sub lite dada la intervención del asesor de menores en ambas instancias. El tomar en cuenta la opinión del niño siempre se halla supeditado a que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados (art. 13 párr. 2 de la Convención de La Haya; art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño). De los informes de la psicóloga y de la asistente social, surge que se trata de una niña “psíquicamente vulnerable y lábil debido a la edad que detenta”, que atraviesa por un estado de “confusión afectiva [...] por sentirse virtualmente tironeada por los reclamos de ambos padres”. Ello permite concluir que hace a su interés superior el evitarle el conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre uno de sus padres».

Esta última afirmación de la Corte ha sido criticada por alguna doctrina que sostiene que se confunden «dos aspectos de la cuestión, perfectamente diferenciables: la representación legal y el derecho a ser escuchado. El art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) consagra el derecho a ser oído de la persona, el cual puede ser expresado directamente o por medio de un representante legal o por un tercero, pero siempre es la voluntad del niño la que se expresa, no la del tercero ni la del representante legal. La representación legal, tanto necesaria como

promiscua, debe servir para la protección de la persona del menor y no para la negación de sus derechos<sup>41</sup>».

Luego de ese caso señero surgieron otros casos cuyos principios señalaremos a continuación.

#### 4.1.1. *Personas de escasa edad*

En Corte Suprema Justicia De la Nación *W., D. c. S. D. D. W.* «s/ demanda de restitución de menor, del 22.11.2011, LL 07.12.2011, la Corte reiteró que No existe contradicción entre la Convención sobre los Derechos del Niño y el CH 1980. El Convenio en el que se apoya la petición de autos, respeta y complementa la debida jerarquización de bienes, con preeminencia del mejor interés del niño. Lo hace partiendo de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al statu qua anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos. Luego, preserva el mejor interés de aquél – proclamado como prius jurídico por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño –, mediante el cese de la vía de hecho. La víctima debe ser, ante todo, restablecida en su situación de origen, salvo que concurran las circunstancias eximentes reguladas en el texto convencional». En ese caso la Corte ordenó el regreso de un menor a Alemania, que vino al país traído por ambos padres, pero que luego la madre retuvo porque alegó que no se adaptaba a vivir en Alemania. Respecto de esto último la Corte exhortó al juez de la causa a que «al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento».

La Corte además dijo que «la mera oposición de la madre a retornar al país requirente, equivaldría a dejar todo el sistema diseñado por la comunidad de naciones, a merced de la voluntad unilateral de la parte demandada». Cabe destacar que ese fallo es interesante porque el menor tenía siete meses de edad, por lo que no podía decirse que hubiera adquirido domicilio en Alemania. El dictamen de la Procuradora Fiscal, al que la Corte adhirió dijo que «esa postura lleva necesariamente a aceptar que las

<sup>41</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

personas de escasa edad quedan fuera del amparo de la Convención. Esta conclusión me parece del todo inadecuada, desde que introduce una cortapisa a la realización del objetivo central del CH 1980, que es desarticular – en orden a la tutela del derecho de custodia – la práctica del traslado o retención ilegítimos, restableciendo el statu qua ante mediante el retorno inmediato del menor desplazado. Y esa barrera aparece extraña – y opuesta – a la norma del art. 4º, que comprende en el ámbito de aplicación *ratione personae* a los niños de cero a dieciséis años».

#### *4.1.2. Personas mental o físicamente impedidas (síndrome de down)*

La Corte Suprema en *F. R., F. C. c. L. S., Y. U. s/reintegro de hijo*, del 08.11.2011, LL 07.12.2011 se expidió sobre la relación entre la Convención de La Haya y los derechos de los niños mental o físicamente impedidos (art. 23 art. Convención de los Derechos del Niño). Se trataba de una niña con síndrome de down y una anomalía anorectal. En ese caso el padre autorizó el viaje a la Argentina para el tratamiento de la enfermedad de su hija, sin aclarar el tiempo de duración. Debido a que la madre se negó a retornar a Perú alegando que su hija se había adaptado a la Argentina, el padre inició el procedimiento. La Corte dijo que «Que el derecho a la salud y su debida preservación, encuentran un marco de protección en los arts. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y en lo que respecta a los menores la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho a acceder a servicios para el tratamiento de enfermedades y la rehabilitación de la salud, debiendo los Estados Parte asegurar la plena aplicación de esta prerrogativa a través de medidas adecuadas (art. 24). Asimismo y en estrecha vinculación con la particularidad que presenta el caso, en el art. 23 de la citada convención los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su participación activa en la comunidad; el derecho a recibir cuidados especiales, y el acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento con el objeto de lograr su integración social y el desarrollo individual».

A continuación agregó que «Que, en consecuencia, a fin de garantizar los derechos a la salud integral y a recibir los cuidados especiales que la condición de la menor T.L. requiere, y de prevenir que sufra mayores daños con el traslado a realizarse, hágase saber a la Autoridad Central argentina que – por medio de los mecanismos adecuados – deberá informar a la

Autoridad Central del Estado requirente (República del Perú) acerca de la salud psicofísica, el tratamiento médico y la asistencia educativa que estaba recibiendo la citada niña en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos de asegurar la continuidad de dichas acciones terapéuticas con la debida asistencia de profesionales de la materia, y con el objeto de evitar un retroceso en el estado actual de la menor».

Finalizó con una exhortación a los padres «dado que el citado interés superior del niño debe constituir la preocupación fundamental para los padres y en virtud de la rapidez que amerita el trámite iniciado por el actor a los efectos de que no se frustre la finalidad del CH 1980, corresponde exhortar a ambos progenitores de T. L. y B. S. a colaborar en la etapa de ejecución de sentencia a los efectos de evitar a las niñas una experiencia aún más conflictiva. Igual requerimiento cabe dirigir a la señora jueza a cargo de la causa, que deberá realizar la restitución de la manera menos lesiva y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos».

#### *4.1.3. Derecho a la libertad de expresión e interés superior del niño*

En CSJN, V., D. L. s/ restitución de menores – ejecución de sentencia extranjera, del 16.08.2011, LL 2011-E, 35, la Corte ordenó el retorno a Francia de dos menores que habían sido retenidos ilegalmente en la Provincia de Salta, abusando de un permiso de vacaciones en nuestro país.

En ese caso la Corte dijo que «La Convención sobre los Derechos del Niño compromete a los Estados Partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, su nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley, “sin injerencias ilícitas” (art. 8); y lo protege contra “injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada y en su familia”, estableciendo que “tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques” (art. 16)». Es decir que claramente el menor tiene derecho a la protección de su derecho a la intimidad, el que debidamente respetado hace al superior interés del niño.

En el juicio la madre del menor había divulgado todos los detalles de las peleas por la restitución en las redes sociales. La Corte Suprema, luego de señalar que la madre no había tenido una actitud ‘colaboradora’ que distaba de “favorecer al pleno desarrollo psíquico, físico y espiritual de los menores”, dijo que «dado que la consideración primordial del interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo a la Corte Suprema (Fallos: 328:2870), a los efectos de evitar agravar el conflicto generado y los perjuicios que éste ocasiona a los menores, corresponde exhortar a los progenitores a que se abstengan de exponer públicamente hechos o circunstancias de las vidas de G.V. y E.L.V. a fin de resguardar

el referido derecho a la intimidad de los niños, y a prestar colaboración en los términos de la sentencia apelada».

#### *4.1.4. Derecho de controlar la prueba*

Es sabido que uno de los derechos humanos fundamentales es el de producir pruebas y controlarlas. La Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala I, Purcell, Brett s/ pedido de restitución del menor Dante Purcell del 10.08.2011, LLO, dijo que «la mencionada Convención gira sobre el pivote de que la restitución del menor sustraído debe ser ‘inmediata’ (“El factor tiempo en el proceso de restitución internacional de menores”, por Eloísa Raya de Vera, en *La Ley*, 31 de mayo de 2011), dado que con la demora en la restitución se corre el riesgo del arraigo del niño en su nuevo hábitat. Ello explica que en ningún tramo de la Convención se aluda a la existencia de una suerte de proceso de oposición. Por el contrario, lo que se alude es que el requerimiento de restitución es una ‘medida urgente’; admitiéndose, con carácter restrictivo, la alegación de causales de excepción mencionadas en el art. 13. Todo ello revela que se trata de un procedimiento atípico que si bien reconoce contradicción – que en el caso fue escrupulosamente observada – no admite el despliegue de un derecho probatorio irrestricto que venga a colisionar con la celeridad que le es inherente. Por ello es que entiendo que sólo pueden proponerse en su seno pruebas demostrativas per se, sin perjuicio de las que pueda despachar el órgano judicial, a título de medida para mejor proveer, y cuyo diligenciamiento no importe una compleja y extendida en el tiempo tramitación; pudiendo, también, proveer algunas de las pruebas ofrecidas por las partes que no sean demostrativas per se, siempre y cuando se encuentren exentas de toda duda acerca de que se trata de una vía para obtener el no deseado alongamiento de la causa».

#### *4.1.5. Celeridad en las decisiones de restitución y en el modo de cumplirlas*

En varios fallos la Corte Suprema de la Nación dejó en claro que la restitución debe hacerse en el menor plazo posible<sup>42</sup>, a los efectos de cumplir con los compromisos internacionales.

El tiempo, tal como se ha dicho, es vital en la vida de un menor, porque la ausencia de uno de sus padres en los momentos formativos de su

---

<sup>42</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 29.12.2010, *R., M. A. c. F., M. B.*, LLO; Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 28.06.2011, *D. F., R. c. G., M. S. s/restitución de hijo*, «Doctrina Jurídica», 14.09.2011, p. 43.

personalidad puede generar un daño irreparable<sup>43</sup>. A pesar de ello, lo que prima es siempre el interés superior del niño, por lo que se ha juzgado que «Aun vencido el plazo de un año para pedir la restitución de un menor que establece la Convención sobre Sustracción Internacional de Menores de La Haya, deberá ordenarse el retorno salvo que aquél se haya integrado en su nuevo medio, solución que se explica en virtud del especial papel que juega el juez de familia en la apreciación de lo que mejor conviene al interés del niño».

#### 4.1.6. *Cuestiones que devienen abstractas*

En Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12.07.2011, *C., L. C. c. L., M. E. s/exequatur*, LL 2011-D, 337, dijo que la madre no puede ser contradictoria con su propia conducta. En ese caso si bien en Argentina se había opuesto al traslado a España, efectuó una presentación ante los jueces españoles, donde consintió las medidas provisionales dispuestas en ese foro, comprometiéndose a trasladar temporariamente su residencia a Barcelona junto con el hijo menor, y solicitó un plazo de dos meses para implementar la mudanza, con miras a la preparación del viaje y a la adopción de recaudos organizativos que lo hicieran menos traumático, como ser la búsqueda de vivienda o trabajo. Por lo tanto no puede seguir sosteniendo atacando la decisión de la Corte.

#### 4.1.7. *Aplicación no retroactiva del reconocimiento*

En otro fallo se dijo que si la madre trasladó a la menor al país cuando todavía el padre no había reconocido a su hija, el traslado a la Argentina no puede ser ilícito<sup>44</sup>. Es una aplicación del principio de irretroactividad de la ley, ya que cuando se realizó el traslado la custodia total la tenía la madre, ya que legalmente la menor no tenía padre.

#### 4.1.8. *Violación de la prohibición de salida del país de residencia*

Si el juez del Estado de residencia prohibió la salida del territorio extranjero hacia nuestro país debe ordenarse la restitución. El Tribunal dijo que «es necesario que la restitución se cumpla en tiempo propio, para no desvirtuar los objetivos limitados del procedimiento. El tiempo es fundamental en

<sup>43</sup> Cámara Nacional Civil, sala I, 14.09.1995, *S. Z. A. A. c. A., D. D.*, «La Ley», 1996-E, p. 165.

<sup>44</sup> Cámara Nacional Civil, Sala A, 06.10.2010, *E. G., V. C. c. A. N., A. L.*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2011, p. 78.

todos los asuntos humanos, y lo es de manera relevante en el desarrollo de los niños y en la evolución de las relaciones personales entre hijos y padres<sup>45</sup>». En el caso se ordenó la restitución del menor a España, lugar donde residía.

*4.1.9. La idoneidad del progenitor que solicita la restitución no se puede discutir en el proceso de restitución*

Otro de los puntos en los cuales la jurisprudencia nacional<sup>46</sup> ha sido clara es que en el proceso de restitución de menores de la Convención de La Haya no se puede discutir la idoneidad del cónyuge que tiene la tenencia.

En ese caso se dijo que «el interés del menor es de una importancia primordial para toda cuestión relativa a la custodia y su consecuencia “el deseo de proteger al niño en el plano internacional, contra los efectos nocivos de un desplazamiento ilícito” reflejan muy claramente cuál ha sido la filosofía de la Convención, que la podemos definir como sigue: la lucha contra la multiplicación de los secuestros internacionales de niños debe siempre estar inspirada por el deseo de protegerlos haciéndose una interpretación de su verdadero interés. CNCIV, sala I, set. 14-995, S.Z.A., c. A., D.D. (La Ley, 1996-E) y que La resignación a la invocación del orden público interno, que la República acepta al comprometerse internacionalmente, es la medida del sacrificio que el Estado debe hacer para satisfacer la recordada directiva del art. 11 de la Convención sobre los derechos del niño y procurar que la vigencia de un tratado de aplicación rápida y eficaz tenga efectos disuasivos sobre las acciones de los padres que cometen sustracciones o retenciones ilícitas en atropello de los derechos del niño y, a su vez, que se convierta en un instrumento idóneo para restablecer en forma inmediata los lazos perturbados por el desplazamiento o la retención ilícitos».

Respecto a los derechos del menor, el fallo dijo que «Entre los diversos derechos que le corresponden al menor se encuentra el de mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo que fuera contrario a su propio interés (art. 9.3, Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20.12.89), derecho éste con jerarquía constitucional en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. Sin embargo ello no es suficiente para alegar en el juicio de restitución sobre la idoneidad de uno de los padres, pues se debe

---

<sup>45</sup> Tribunal Colegiado del Fuero de Familia Nro. 1 de La Plata, 07.04.2009, *C., C. c. L., M. E.*, «Revista de Derecho de Familia y de las Personas», 2009, p. 65.

<sup>46</sup> Tribunal Colegiado de Familia Nro. 3 de Rosario, 23.02.2009, *G. M. M. c. M., M.O. s/restitución urgente de menores*, «La Ley Litoral» 2009, p. 585.

aclarar que el hecho de que se ordene restituir a los menores a su país de origen no obsta a que, por la vía procesal pertinente, los padres puedan discutir la tenencia del niño, pues el art. 19 de la Convención establece que la restitución del menor no afectará la cuestión de fondo del derecho de custodia. En este sentido se ha dicho que la restitución del menor no importa disposición o modificación de la situación jurídica actual, sino sólo su reintegro a la jurisdicción competente – de la que fue sustraído de modo ilegal con arreglo a las normativas internacionales –, quien resolverá, en definitiva, sobre el particular, atendiendo a todos los intereses en juego, en especial el de los menores afectados. La pronta restitución exigida en la normativa compatibiliza con el sentido del mecanismo de restitución internacional, esto es, no entrar a debatir sobre la cuestión de fondo – tenencia, visitas, etc. – sino la de ordenar si se dan los requisitos exigidos por la Convención, que el menor sea restituido a su país de origen, de donde fue ilegalmente sustraído».

#### *4.1.10. Las excepciones se interpretan restrictivamente*

La Corte de la Nación ordenó en otro<sup>47</sup> caso que se realizaran estudios para determinar «si el cumplimiento de la restitución podría producir en él un grave detrimento de su salud física o psíquica en los términos del art. 11 inc. b de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores (Adla, LXI-A, 7), debiendo entenderse que lo que se requiere para tornar improcedente dicha restitución es un grado acentuado de perturbación muy superior al impacto emocional que normalmente deriva de un niño ante la ruptura de la convivencia con uno de sus padres. Como ha dicho la doctrina debe tratarse de una situación extrema que excede los parámetros normales del trauma o padecimiento que eventualmente puede ocasionar un cambio de lugar de residencia o de desarticulación de su grupo convivencial<sup>48</sup>». La madre alegaba violencia doméstica del padre.

Con posterioridad se ordenó la restitución<sup>49</sup> ya que la Corte consideró que «la recurrente no ha demostrado, con el grado de certeza que es menester, que exista un riesgo grave de que la restitución de la menor pueda exponerla a un peligro físico o psíquico, supuesto de excepción contemplado por el art. 11 inc. b Convención Interamericana sobre Restitución

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 07.09.2004, S.A.G.A., «La Ley», 2005-A, p. 302.

<sup>48</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

<sup>49</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 20.12.2005, S. A. G., «Jurisprudencia Argentina», 2006-IV-30.

Internacional de Menores, ya que la supuesta violencia que habría ejercido el progenitor de la niña no se encuentra debidamente acreditada en autos, y que los informes periciales sobre los progenitores, su personalidad y su capacidad para asumir el rol de madre o de padre no aportaron datos que permitieran abrir juicio sobre si la restitución podría exponer a la niña a un grave peligro físico o psíquico; máxime cuando el presente proceso no tiene por objeto dilucidar su aptitud para ejercer la guarda o tenencia de la menor, afirmación que es corroborada por el art. 15 de la propia Convención Interamericana, que explícitamente dice que la restitución del menor no implica prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de su custodia o guarda».

En otro caso donde se alegaba violencia doméstica por parte de la madre, y en el que el padre llevó a su hija a México sin permiso de la madre, la Corte Suprema de la Nación<sup>50</sup> dijo que «La postura de la niña, que no importa una resistencia cerrada a retornar al país donde vivía con su madre, sino que apunta a la marcada preferencia que tendría en cuanto a vivir con su padre, no permite extraer una actitud interna auténticamente intransigente dirigida a resistir la restitución en los términos del art. 13, párrafo cuarto del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya y que Rehusar la restitución de la niña objeto del litigio en base a la excepción de grave riesgo, no es procedente, pues si bien fueron denunciadas situaciones de violencia por parte de la madre, quien hace el pedido, no se ha detallado ninguno de esos episodios ni la frecuencia que los enlazaría; sin perjuicio de ello se recomienda que, una vez que esté la niña en su lugar de residencia habitual, se haga el seguimiento del caso y se analice en profundidad la índole de la relación materno-filial, adoptando las medidas que fueren menester para su resguardo efectivo».

Finalizó la Corte diciendo que «La negativa del padre requerido a retornar al lugar de residencia habitual de su hija, cuando ella manifestó que volvería voluntariamente si lo hiciese con él, es una conducta que no merece aval institucional, pues, de lo contrario, todo el mecanismo creado para combatir el desplazamiento transfronterizo de niños, quedaría a merced del designio unilateral del sustractor».

Es decir que el criterio para interpretar las causales que impiden la restitución del menor a su país de residencia deben interpretarse de manera restrictiva<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 21.05.2013, *F. C. del C. c. G., R. T. sreintegro del hijo*, «La Ley», 03.06.2013.

<sup>51</sup> SOLARI, *Alcances de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores*, cit., p. 271.

#### 4.1.11. *El derecho del menor a ser escuchado en el país requirente*

En un caso<sup>52</sup> se planteó la nulidad del pedido de restitución por no haber sido escuchada la menor por el juez del país requirente. Fue rechazada no solo por impracticable, ya que precisamente si se pide la restitución es porque la menor no se encuentra en el país, sino porque las normas nacionales y supranacionales vigentes no imponen el requisito de la audiencia previa del menor por ante el juez exhortante.

Muy importante es que en ese fallo se dijo que «Cuando las normas internacionales se refieren al primordial derecho del menor a ser escuchado para, según la Convención sobre los Derechos del Niño, ‘expresar su opinión libremente’ (art. 12.1) ‘en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional’ (art. 12.2), no lo hace erigiendo, por regla y como principio, que la oposición del niño a la restitución constituya una causal autónoma y exclusiva (art. 11 in fine Convención Interamericana de 1989) que se desentienda de las precisas y categóricas causales que prevé». Es decir que no se equipara el deseo del menor con el interés superior del niño, el que surge de computar todas sus circunstancias vitales y existenciales en concreto, ese interés se conforma con el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos el que más conviene en una circunstancia determinada.

#### 4.1.12. *La inconveniencia de la restitución por imposibilidad de la madre de mantener al menor*

En un caso<sup>53</sup> en el que la madre del menor solicitaba la restitución a Alemania, país en el que no tenía trabajo ni autorización para permanecer allí, se denegó el pedido de restitución, con base en el art. 13 inc. b de la Convención de La Haya. El juez se preguntó «¿Qué futuro propone la madre para este niño, radicándolo en un país extranjero, cuyo idioma ninguno de ellos conoce, en el que se encuentra sin trabajo y, hasta según surge del expediente, con su autorización para permanecer allí caducada?. Si atendemos a su reclamo, sucede que vamos a ordenar el envío de E. a Alemania para satisfacer las tardías ansias maternas de la Sra. R., cuando no sabemos ni tan siquiera cual será su medio de vida (reconoce no poder

<sup>52</sup> Cámara Civil y Comercial de Azul, sala II, 13.09.2006, R., H.S., «La Ley Buenos Aires», 2006, p. 1346.

<sup>53</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso administrativo de 2a Nominación de Río Cuarto, 15.12.2005, *Asesor Letrado del 2º turno en representación de la Sra. E. E. R. de M.*, LexisNexis, Córdoba 2006-1.

contribuir a su manutención – 25ª posición – ni su condición jurídica en aquel país. En este marco se impone la segunda pregunta: ¿Podemos confiar que E. no será un ilegal más, entre los tantos sudamericanos que padecen esta situación, pese a la aludida nacionalidad italiana que la madre le atribuye?».

Concluyó que no se contribuye a preservar la identidad, incluida la nacionalidad, de un niño argentino, con casi toda su familia radicada en este país, si se dispone su traslado a Alemania a vivir con su madre, que muestra condiciones de precariedad en su inserción en aquel país, que se presentan como inadmisibles al tiempo de evaluar la conveniencia para el niño.

#### *4.1.13. El riesgo de la vida del menor como límite al pedido de restitución*

Si bien las causales que impiden la restitución del menor deben ser interpretadas restrictivamente, tal criterio cede cuando lo que está en juego es el derecho a la vida del menor (art. 6.1. Convención de los Derechos del Niño).

Así se juzgó<sup>54</sup>, que era improcedente ordenar la restitución de un menor a Inglaterra, donde vivía el padre, quien reconoció ante la autoridad central que pesaba sobre él una condena de muerte por fundamentalistas islámicos. El tribunal consideró que «Habida cuenta que en la jerarquía de valores que sustenta la Convención, así como en la que consagra los Derechos del Niño, ocupa el primer lugar el interés superior de éste (declaración del preámbulo del texto de La Haya y art. 3.1, Convención adoptada por las Naciones Unidas en Nueva York), corresponde interpretar que pese al criterio restrictivo con el que cabe considerar si se encuentran configuradas las causales de excepción que autorizan a rehusar la solicitud de restitución (Pérez Vera, rapport cit., n. 34 y 113 a 118; se debe otorgar preeminencia a la protección contra un grave riesgo de vida, que en el caso aparece verosímil, habida cuenta la conocida decisión con la que el fanatismo fundamentalista musulmán persigue sus fines, sin detenerse ante atentados de todo tipo. A diferencia del caso resuelto por la Corte de Casación francesa al que ya se hiciera referencia (Revue Critique [...] cit. p. 409 y comentario de Y.L., ps. 409/10), la cuestión se presenta como un grave riesgo actual para el menor, por cuyo interés corresponde a este tribunal velar».

---

<sup>54</sup> Cámara Nacional Civil, sala I, 14.09.1995, S. Z. A. A. c. A., D. D., «La Ley», 1996-E, p. 165.

## 5. *Conclusión*

A modo de conclusión puede decirse que la jurisprudencia nacional ha hecho un loable trabajo de interpretar qué se entiende por ‘interés superior del niño’ en materia de restitución internacional de menores.

La indeterminación del principio ha sabido ser llenada con gran sabiduría por los jueces argentinos que han hecho una interpretación bastante razonable del superior interés armonizándolo con los demás derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos suscriptos por Argentina logrando un justo equilibrio con los fines buscados por las convenciones internacionales sobre restitución de menores de las que la Argentina es parte.

### *The Argentine restitution of minor’s system and the rights of the child*

The purpose of this article is to examine the relation between the Argentine international restitution of minors’ system and the actual validity of human rights. We deal with an increasingly frequent problem due to the rising number of separations and the parties’ ability to change addresses after separation. First, we briefly describe the Argentine international restitution of minors’ system and then we analyse the Argentine case law tendency. The conclusion is that national case law has done a laudable work to interpret what should be understood as the ‘best interest of the child’ in the field of international restitution of minors. The uncertainty of such principle has been filled with great wisdom by the Argentine judges, who reasonably interpreted the best interest in harmony with the remaining human rights recognized in the National Constitution and the human rights treaties signed by Argentina, achieving a fair balance with the goals pursued by the international conventions on restitution of minors to which Argentina is a party.



Guido Corso\*

### *La protezione costituzionale dei diritti sociali*

Mentre le libertà civili sono tutelate dal diritto internazionale, i diritti sociali restano affidati alle garanzie offerte dagli ordinamenti nazionali e vengono assicurati dal contributo dei cittadini. Il livello e le modalità di tutela è il risultato di scelte politiche cui si perviene nell'intento di soddisfare richieste diverse, ma che talvolta generano conflitti tra gruppi sociali o aree geografiche diverse del medesimo Stato.

L'assenza di una tutela internazionale effettiva, dovuta al fatto che la garanzia dei diritti sociali dipende strettamente dalle risorse economiche, non esclude che si riscontri una relativa omogeneità nelle questioni che le corti costituzionali affrontano al riguardo. Nell'ultima parte del presente contributo viene effettuato un sintetico esame delle tendenze generali della giurisprudenza costituzionale di diversi Stati.

#### *1. Premessa*

Il tema dei diritti sociali può apparire fuori posto in un convegno dedicato alle convenzioni sui diritti umani e alle corti internazionali. E ciò sia perché i diritti sociali di solito non figurano nei cataloghi dei diritti umani tutelati dalle convenzioni internazionali sia perché, quando sono previsti, come nel Patto delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali del 1966, sono privi di effettività. Il Patto in questione non prevede l'istituzione di organi preposti al controllo sull'osservanza dei diritti che esso contempla.

Si limita a stabilire che gli Stati contraenti sottopongono rapporti periodici sulle misure prese in attuazione del patto al Consiglio economico

---

\* Guido Corso è Professore di Diritto amministrativo nell'Università Internazionale di Roma, dopo aver tenuto la cattedra di Diritto amministrativo nell'Università degli studi Roma Tre. È autore di numerose monografie e pubblicazioni su tematiche di Diritto pubblico, regionale e amministrativo, nonché in materia di contratti pubblici e diritto della concorrenza. Il suo manuale di diritto amministrativo è adottato in diverse università italiane.

e sociale, il quale può a sua volta trasmetterli alla Commissione dei diritti umani dell'ONU o sottoporli all'attenzione dell'Assemblea generale. Di conseguenza i diritti elencati nel Patto – il diritto al lavoro, ad un'equa retribuzione, alle assicurazioni e alle altre forme di assistenza e di sicurezza sociale, la libertà sindacale, il diritto di sciopero – esprimono un auspicio piuttosto che fondare situazioni soggettive cui sia garantita una protezione internazionale.

I diritti sociali sono tutelati, quando lo sono, nell'ambito interno di ciascuno Stato. Ecco perché questo intervento è intitolato alla protezione 'costituzionale' dei diritti sociali e non alla protezione 'internazionale'.

Aggiungo che questa prospettazione non dipende da un insufficiente sviluppo del diritto internazionale su questo campo. Essa è in certo modo necessitata dalla struttura stessa dei diritti sociali – da loro caratteristiche che in estrema sintesi vado a indicare.

Per chiarire di che cosa stiamo parlando dico subito che si tratta dei diritti che la Costituzione italiana prevede agli artt. 32, 33, 34, 38 e oggi all'art. 17: diritto alla salute, diritto all'istruzione, diritto alla previdenza, diritto all'assistenza. E comunque di diritti che hanno un contenuto che consente di qualificarli come diritti 'sociali'.

## 2. *Diritti sociali e diritti individuali*

I diritti sociali sono diritti 'a', ossia consistono in aspettative positive (di prestazione) che si distinguono dai diritti individuali 'di', che consistono in aspettative negative (di non lesione). Si tratta di una distinzione che corrisponde a quella che i costituzionalisti fanno fra diritti di libertà e diritti sociali ed i filosofi formulano contrapponendo libertà negativa e libertà positiva.

Soggetto obbligato è in tutti i casi lo Stato: tenuto a non interferire quando ha di fronte una libertà negativa (personale, di manifestazione del pensiero, religiosa, domiciliare, di corrispondenza ecc.), obbligato a rendere una prestazione quando il privato fa valere un diritto sociale.

Una parte della dottrina attribuisce una *Drittwirkung* ai diritti sociali, ossia una efficacia verso i terzi e quindi nei rapporti tra privati; e vi include, per esempio, il diritto ad una retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost. che verrebbe azionato non contro lo Stato ma contro il datore di lavoro. Personalmente ritengo che il fenomeno debba essere spiegato in modo diverso. Opera in questo caso, ed in casi del genere, una limitazione a carico dell'autonomia

privata, della quale beneficia uno dei contraenti (il lavoratore): allo stesso modo egli si avvale della diversa disciplina del potere di recesso dal contratto di lavoro, potere che il lavoratore può esercitare liberamente mentre il datore di lavoro può esercitarlo solo se ricorre una giusta causa o un giustificato motivo quando l'azienda supera una certa dimensione.

### *3. I diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati*

In quanto consistono in pretese a prestazioni, i diritti sociali hanno un costo: a differenza dei diritti di libertà che allo Stato che li rispetti non costano.

Un prezzo deve essere pagato solo quando la libertà viene violata ed è il costo dei meccanismi (per esempio la macchina giudiziaria) che sono impiegati per la sua reintegrazione. Il diritto di libertà ha un costo quando viene violato; il diritto sociale ha un costo quando viene soddisfatto, e quindi ogni volta che viene esercitato e aspira alla sua attuazione.

Questa differenza viene ignorata o espressamente negata dagli studiosi – e in Italia sono in prevalenza – che sono animati dall'intento di garantire ai diritti sociali un rango ed un grado di soddisfazione non inferiore a quello dei diritti di libertà. Essi quindi tendono ad ignorare il condizionamento che i diritti sociali subiscono, per quanto riguarda la misura della loro soddisfazione dalla entità, in dipendenza delle risorse a disposizione.

Il nesso tra diritti sociali e le risorse necessarie a soddisfarli spiega la qualificazione dei diritti sociali come diritti finanziariamente condizionati, usata dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale. In quanto diritti condizionati, non possono essere considerati diritti assoluti, come sono le libertà costituzionali. Queste non possono subire condizionamenti di ordine generale, ma soggiacciono alle specifiche limitazioni che operano «nei soli casi e modi previsti dalla legge», come stabiliscono gli artt. 13 e 14 Cost., o in presenza di quelle circostanze e al cospetto di quegli interessi che sono indicati negli artt. 16-21 Cost.: la sanità, la sicurezza, l'incolumità ecc.

### *4. Possibili conflitti tra diversi diritti sociali*

Poiché le risorse messe a disposizione per soddisfare i diritti sociali sono limitate e condizionate a un tetto di spesa, sia pur variabile nel tempo e ovviamente diverso da paese a paese, e poiché il complesso di queste

risorse serve a soddisfarli tutti, i diritti sociali sono tendenzialmente in competizione tra loro. L'Italia, ad esempio, destina alle pensioni – ossia alla realizzazione del diritto sociale che è garantito dall'art. 38 comma 2 Cost. (diritto dei lavoratori a che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di vecchiaia) – risorse molto più abbondanti di quelle che altri paesi destinano allo stesso scopo: e ciò a scapito del corrispondente diritto di chi versa nella condizione di disoccupazione involontaria (sempre l'art. 38) che altrove è tutelato in modo molto più vigoroso.

Si può dire, cioè, che accanto al condizionamento che il complesso dei diritti sociali subisce in ragione delle risorse a disposizione, è ciascun diritto sociale che viene condizionato dai modi e dalla misura in cui vengono soddisfatti gli altri. Tra di essi vi è una relazione di potenziale conflitto: le risorse che sono destinate a soddisfare un diritto sociale sono sottratte alla soddisfazione degli altri diritti, se il tetto rimane inalterato.

### *5. La rilevanza dello status del beneficiario dei diritti sociali*

Mentre i diritti di libertà spettano agli uomini in quanto tali, o meglio a tutti gli uomini che si trovano nel territorio dello Stato, come ha più volte affermato la Corte costituzionale richiamando la formula dell'art. 2 Cost. (diritti inviolabili dell'uomo) – anche con riguardo alle libertà che la Costituzione sembra riservare ai soli cittadini (come le libertà di circolazione, di riunione e di associazione, artt. 16, 17, 18 Cost.) – i diritti sociali sono in via di principio diritti dei soli cittadini: o meglio diritti di sottoclassi di cittadini (individuati sulla base di una condizione specifica: disoccupazione, invalidità; o di un'età dell'uomo: i minori o gli anziani).

È vero che le condizioni o gli *status* che vengono in rilievo sono tali che chiunque può divenirne partecipe. Chiunque può diventare invalido o disoccupato o malato o vecchio. Tuttavia, se viene presa in considerazione in un dato momento, e non diacronicamente, la società può essere divisa in classi composte da invalidi, disoccupati, malati e vecchi, fermo restando che qualcuno può far parte di più di una di queste classi (perché è, ad esempio, nello stesso tempo invalido, malato e vecchio).

I diritti sociali fanno capo a gruppi umani diversi che competono per le risorse. Il conflitto, potenziale o attuale, avvertito o inavvertito, non è solo tra i diritti sociali, ma tra i soggetti che ne richiedono la soddisfazione. I conflitti evidenti fra gli *insiders* e gli *outsiders*, tra gli occupati garantiti e i disoccupati non garantiti, e tra i giovani disoccupati e i vecchi che

godono di adeguata pensione.

### *6. I condizionamenti finanziari dei diritti sociali*

Il tetto delle risorse destinate a soddisfare i diritti sociali varia nel tempo. Si è innalzato costantemente nei primi tre o quattro decenni del secondo dopoguerra per poi stabilizzarsi e poi ancora abbassarsi con la crisi finanziaria: e nulla lascia presagire che nell'immediato futuro la misura di queste risorse possa crescere.

Ciò influisce sulla consistenza dei singoli diritti nel tempo e quindi condiziona l'applicazione di categorie giuridiche che invece sono ritenute coesenziali ai diritti di libertà: imprescrittibilità, irretroattività, affidamento, diritti quesiti ecc.

I diritti previdenziali hanno subito negli anni recenti un arresto ed una riduzione: dal drastico ridimensionamento delle pensioni di reversibilità all'aumento del numero degli anni necessari alla maturazione del diritto a pensione, alla elevazione dell'età del pensionamento ecc.

Non ci sono diritti quesiti che tengano, quando le risorse mancano. È un principio per così dire strutturale o, se si preferisce, inerente alla natura delle cose. Del resto il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri (art. 2740 c.c.); ma non oltre i limiti del suo patrimonio come invece avveniva nel *nexum* del diritto romano arcaico, in cui la persona vendeva se stesso, esponendosi alla eventualità che il compratore esercitasse sul suo corpo una sorta di esecuzione in forma specifica.

### *7. La variabilità dei diritti sociali nel tempo, nei modi, nei diversi paesi*

Il diritto all'istruzione può essere soddisfatto, secondo lo schema che la Costituzione italiana prevede per l'istruzione inferiore, con la scuola obbligatoria e gratuita (art. 34 comma 2); ma può essere realizzato con *vouchers* distribuiti ai genitori dei minori perché li utilizzino presso la scuola che preferiscono, pubblica o privata che sia (è lo schema di Milton Friedman).

La tutela contro la disoccupazione può essere assicurata con l'indennità di disoccupazione, ovviamente per una durata determinata non superiore a un certo limite ovvero con il c.d. reddito di cittadinanza o ancora con la

mobilità da un'azienda all'altra.

Il diritto alla salute può essere soddisfatto da un servizio sanitario nazionale, come in Italia, nel Regno Unito o in Svezia o da un regime assicurativo universale che rimborsa ai pazienti il costo delle prestazioni, come in Francia, o in Austria o in Germania.

La varietà delle risposte dipende dalla tradizione e dalle preferenze delle singole società, dalle politiche pubbliche, dalle diverse concezioni del *welfare*.

È quindi opinabile l'affermazione ricorrente di un modello sociale europeo, che andrebbe difeso contro chi vorrebbe attentarvi: per la semplice ragione che non esiste un modello, ma ne esistono tanti. Piuttosto che di modelli, si tratta della aggregazione nel tempo degli esiti di politiche pubbliche i quali mutano da paese a paese.

#### *8. L'esigenza di un apparato amministrativo quale presupposto per la prestazione di servizi sociali*

Pur nella varietà dei contenuti i diritti sociali presentano un tratto costante. Sono diritti – si legge in un recente manuale dei costituzionalisti della nostra Facoltà<sup>1</sup> – il cui godimento dipende dall'esistenza di un'organizzazione necessaria e idonea alla erogazione della prestazione: sicché presuppongono l'intervento legislativo e l'istituzione di un apparato amministrativo.

La legislazione non si limita a indicare i destinatari e il contenuto della prestazione, ma impiega sempre un'organizzazione amministrativa per l'erogazione della prestazione: una struttura ospedaliera, un istituto previdenziale, un sistema scolastico ecc.

La realizzazione del diritto – il grado maggiore o minore della soddisfazione del titolare – dipende in larga misura dalla efficienza dell'amministrazione del settore e dalla qualità della sua azione e delle persone che la svolgono. Il fattore umano – per lo meno per alcuni dei diritti sociali, come il diritto alla salute o il diritto all'istruzione – ha un rilievo che è prevalente rispetto allo stesso volume delle risorse finanziarie impiegate: anche se tra i due elementi ci sono ovviamente dei nessi.

---

<sup>1</sup> *Diritto pubblico*, a cura di F. Modugno, Giappichelli, Torino 2012, p. 611.

### 9. La 'statualità' dei servizi sociali

Le risorse necessarie per attuare i diritti sociali sono risorse nazionali, ottenute essenzialmente col prelievo fiscale e solo in parte, spesso in piccola parte, fornite dai beneficiari (dalle tasse scolastiche e universitarie ai ticket sanitari ai contributi previdenziali a carico dei lavoratori).

Non possono essere ricercate o pretese all'esterno; né possono essere destinate, sotto forma di prestazione, a soggetti diversi dai cittadini. Di tali risorse possono beneficiare persone che comunque operano all'interno dei confini statali: per esempio gli immigrati che usufruiscono dell'assistenza sanitaria.

I diritti sociali sono diritti di cittadinanza e non diritti dell'uomo – sono legati allo *status civitatis* (del quale in qualche misura partecipano gli immigrati specie se regolari) perché è la *civitas* che fornisce i mezzi necessari per soddisfarli.

Questo spiega perché i diritti sociali, che pure sono presenti in tutte le costituzioni del dopoguerra, non sono previsti dalle convenzioni internazionali o sono previsti solo eccezionalmente.

Apparentemente fa eccezione la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale riconosce il diritto all'istruzione, i diritti del minore, i diritti degli anziani, l'inserimento delle persone con disabilità, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, la sicurezza sociale, la protezione della salute ecc. (artt. 14, 24, 25, 26, 29, 34, 35). Se però si legge l'articolo che disciplina la «portata e interpretazione dei diritti e dei principi» (art. 52), apprendiamo che «le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione del controllo di legalità di detti atti» (così art. 52, 5° comma).

Che significa questo? Significa che il cittadino dell'Unione europea non può invocare direttamente le disposizioni della Carta per reclamare l'attuazione di uno dei diritti sociali da questa contemplati: può solo, ove lo Stato (o anche l'Unione europea) vi abbia dato attuazione, sollecitare il sindacato del giudice sulle norme relative per verificarne la compatibilità con le disposizioni della Carta. Si presuppone, cioè, la mediazione legislativa in assenza della quale quei diritti rimangono appunto sulla 'Carta'. Fonte del diritto sarà pur sempre la norma interna (e teoricamente la norma comunitaria-derivata), e non la Carta dei diritti fondamentali.

Viene così confermata la 'statualità' dei diritti sociali; e comunque la necessità di una mediazione legislativa (anche a livello di Unione europea). Il che costituisce un'altra radicale differenza fra i diritti di libertà e i diritti sociali.

*10. Cenni comparatistici sugli orientamenti prevalenti nella giurisprudenza costituzionale in materia previdenziale*

Poiché i diritti sociali sorgono e vengono attuati all'interno dei confini dello Stato, è naturale che la loro protezione sia affidata ai giudici interni e alle Corti costituzionali di ciascun paese.

Sfogliando le belle rassegne che la rivista *Giurisprudenza costituzionale* dedica alla giurisprudenza costituzionale dei vari Paesi ci si rende conto che negli anni più recenti il contenzioso sui diritti sociali è concentrato soprattutto sui diritti previdenziali. In presenza di politiche pubbliche che, per ragioni di equilibrio di bilancio, danno luogo un po' dappertutto ad una riduzione di trattamenti, i giudici costituzionali appaiono tendenzialmente deferenti al legislatore che introduce queste misure.

Il Consiglio costituzionale francese, ad esempio, in una pronuncia del 2010 giudica «non inappropriate rispetto all'obbligo» le nuove regole introdotte nel regime pensionistico: l'innalzamento dell'età pensionabile, con le debite eccezioni per coloro che hanno cominciato a lavorare più presto o svolgono lavori usuranti o sono soggetti al rischio di incapacità permanente, è ragionevole perché il legislatore ha tenuto conto «dell'allungamento della speranza di vita».

Sulla stessa linea il Tribunale costituzionale portoghese. Il decreto legge n. 187/2007 che revisiona il calcolo della pensione, fissando un tetto che colpisce soprattutto quelli che andranno in pensione prima del 2016, non viola i «principi di affidamento», di proporzionalità e di eguaglianza, come sostenuto dal *Providor de justica*. La riforma del sistema di sicurezza sociale – si legge nell'acórdão n. 188/09 – «trova giustificazione nella necessità di salvaguardare interessi costituzionalmente protetti che devono essere considerati prevalenti, quali il principio di giustizia intergenerazionale e il principio di sostenibilità».

La stessa Corte costituzionale russa, che nei primi anni di attività era «troppo orientata a favore dei diritti sociali», come nota l'autore della rassegna, negli anni più recenti mostra maggiore prudenza. La normativa sugli eroi di guerra prevede benefici in parte monetari e in parte in natura, questi ultimi suscettibili di conversione in denaro a richiesta dell'interessato, ma

esclude questa possibilità di conversione per gli eroi che si sono trasferiti all'estero. La questione di legittimità costituzionale viene respinta dalla Corte costituzionale. I benefici in natura per forza di cose possono essere concessi solo a chi risiede in Russia: sicché l'eroe della grande guerra patriottica che nel 1995 si è trasferito negli USA non ha diritto alla sostituzione delle agevolazioni in natura con l'equivalente monetario.

Diversa è la soluzione in una fattispecie analoga. Una legge prevede una sovvenzione destinata a sostenere negli studi i figli maggiorenni di militari invalidi. Interpretata dall'amministrazione nel senso che la sovvenzione non spetta al giovane che si sia recato a studiare in una Università straniera, la Corte fornisce una diversa lettura: il diniego del beneficio pregiudicherebbe il diritto all'istruzione che la legge garantisce ovunque tale istruzione venga acquisita. Da qui una sentenza interpretativa di rigetto.

Meno deferente verso politiche di contenimento delle prestazioni sociali si dimostra il Tribunale costituzionale di Karlsruhe. La riduzione dei sussidi sociali, in applicazione del c.d. pacchetto di riforme 'Hartz', volute fortemente da Schröder (e probabilmente causa della sua sconfitta elettorale nel 2005), è stata ritenuta lesiva dei principi costituzionali di tutela inderogabile della dignità umana e dello Stato sociale di diritto. È inaccettabile, secondo il Tribunale costituzionale tedesco (9 febbraio 2010), il criterio di calcolo del sussidio (di € 345 o € 311 o € 207) perché determinato con riferimento a beni e servizi estranei al campione di riferimento dei redditi e dei consumi e perché prevede per i minori quattordicenni un sussidio pari al 60% di quello previsto per il capofamiglia in contrasto con una regola di esperienza che ci dice che il costo del mantenimento dei giovani è ben più alto di quella percentuale.

Il criterio di ragionevolezza o di proporzionalità, usato dal Tribunale costituzionale tedesco nella sentenza citata, viene impiegato dal Tribunale costituzionale portoghese per una norma che subordina il pagamento dell'indennità di disoccupazione alla presentazione della domanda da parte dell'interessato entro novanta giorni dall'inizio della disoccupazione. Pur riconoscendo che la misura della prestazione dipende dalle risorse disponibili in un determinato momento della vita dello Stato, la sentenza ricorda che l'indennità in questione è una sorta di risarcimento per la mancata piena soddisfazione del diritto al lavoro, sancito dall'art. 58 CRP. Essa tutela una situazione permanente e non istantanea, e deve essere corrisposta per tutta la durata della disoccupazione, in modo da consentire un'esistenza dignitosa al disoccupato (Acórdão n. 49/10). Sicché la disposizione impugnata viola il principio di proporzionalità.

Le prestazioni sociali possono essere rese in modo discriminatorio. È il

caso del decreto della Regione fiamminga che, modificando il Codice sulla politica abitativa, prevede a carico di coloro che chiedono l'assegnazione in locazione di un alloggio sociale la conoscenza della lingua neerlandese e comunque la disponibilità ad impararla entro il biennio. Decorso infruttuosamente questo periodo, il contratto può essere risolto con decisione unilaterale senza preavviso e senza intervento del giudice.

La Corte costituzionale belga, decidendo sul *Wooncode* (codice dell'abitazione), ha fatto salva la prima delle due disposizioni, prendendo per buona la motivazione addotta dalla Regione (la necessità di migliorare la qualità della vita e la convivenza nei complessi residenziali popolari – in realtà l'obiettivo è quello di contrastare la 'francesizzazione' della periferia fiamminga, ma ha annullato la disposizione che consente il recesso dal contratto di locazione una volta verificato, dopo due anni, che l'inquilino non ha imparato la lingua, giudicandola una misura sproporzionata all'obiettivo di assicurare la qualità dell'habitat nei quartieri di alloggi sociali (sent. n. 101/2008 del 10 luglio 2008). Altra nota controversia ha riguardato una norma della Regione fiamminga che, accordando ai residenti con ridotta autonomia fisica un diritto al sostegno economico per le spese per le prestazioni a domicilio o per l'acquisto di attrezzature e prodotti sanitari, discrimina i fiamminghi dagli altri residenti. Un caso che è arrivato, in conseguenza di un rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale belga alla Corte di giustizia UE (sent. n. 1.04.2008, causa C-212/06) e che la Corte costituzionale ha deciso definitivamente con un annullamento parziale (sent. n. 11/2009).

Quanto possono essere varie le misure di sostegno riconducibili all'ambito dei diritti sociali lo comprova un curioso caso all'esame della Corte Suprema canadese. In presenza di una disciplina che limita la pesca al salmone ad alcune ore della giornata, il Governo canadese rilascia a tre tribù indiane la licenza di pesca per l'intera giornata. Un cittadino canadese, non appartenente ad alcuna tribù, infrange deliberatamente il divieto andando a pescare nelle ore non consentite: e una volta incriminato per pesca abusiva, denuncia una discriminazione basata sulla razza, vietata dalla sezione 15 della Carta dei diritti e delle libertà.

La Corte canadese muove dal testo della norma costituzionale invocata, che al comma 1 tutela l'eguaglianza davanti alla legge) ma al comma 2 precisa che l'eguaglianza formale «non vieta leggi programmi o attività che hanno per oggetto il miglioramento delle condizioni di individui o gruppo svantaggiati inclusi quelli che sono svantaggiati a causa della razza, dell'origine nazionale o etnica, del colore, della religione, del sesso, dell'età o della incapacità mentale o fisica».

Se il governo, scrive la Corte, può dimostrare che il programma impugnato risponde ai criteri di cui all'art. 15 comma 2, non è necessario estendere l'indagine alla analisi della sua conformità all'art. 15 comma 1.

In altre parole, una volta acclarato che la disposizione o il provvedimento contestato è ispirato a obiettivi di eguaglianza sostanziale, ricorrendo i tre elementi dell'oggetto, del 'miglioramento', o degli 'svantaggiati', lo scrutinio alla stregua del principio di eguaglianza formale è precluso.

### *11. Osservazioni conclusive*

Da questa sommaria rassegna risultano confermate alcune regole costanti nella disciplina dei diritti sociali.

Sono, innanzitutto, diritti che si fanno valere contro lo Stato o comunque contro apparati pubblici.

Sono diritti che hanno un costo che viene posto essenzialmente a carico della collettività: da qui gli inevitabili antagonismi tra beneficiari e contribuenti (anche se questi ultimi sono a loro volta beneficiari di alcune prestazioni pubbliche).

Sono diritti la cui soddisfazione dipende dalla disponibilità delle risorse: sicché la riduzione complessiva di queste o anche una loro diversa distribuzione possono comportare una limitazione dei trattamenti o un arresto dei meccanismi di crescita di questi ultimi (per esempio la progressione economica legata all'anzianità).

Sono diritti che vanno attuati senza discriminazioni, ossia rispettando il principio di eguaglianza (che, ad esempio non tollera discriminazioni secondo l'etnia o la razza), ma in quanto sono volti a rimuovere situazioni di ineguaglianza sostanziale esigono spesso trattamenti differenziati.

Sono diritti che richiedono una correlazione tra la spesa che essi comportano e le entrate necessarie, implicano la distinzione tra coloro che beneficiano della spesa e coloro che approntano le risorse, determinano un effetto di redistribuzione della ricchezza. Ne discende l'esigenza di una legittimazione specifica dell'autorità che effettua il prelievo: legittimazione che dipende dalla convinzione di coloro che pagano, di farlo a favore di persone che appartengono alla loro stessa comunità, di farlo a favore di un prossimo che solo ha titolo all'aiuto.

Da qui una ragione ancora più profonda che esclude la possibilità di una protezione internazionale dei diritti sociali – di una protezione che si estende a coloro che non fanno parte del mio prossimo (la mia comunità,

la mia nazione, il mio Stato) e che esigerebbe un costo che io non sono disposto a sopportare. È questo il vero limite antropologico alla possibilità di una giustizia globale.

### *Constitutional Protection of Social Rights*

While civil liberties are protected by international law, social rights are confined inside State borders and can only be protected if individual citizens supply enough financial resources. The protection of social rights becomes more of a political choice which, because of competing demands, often generates conflicts among different social groups and people belonging to different parts of the same country. The lack of effective international protection, due to a tight link between social rights and monetary resources, does not exclude a relative uniformity of the issues which constitutional tribunals and courts are confronted with. In the last section of the paper there is a quick review of common trends on social rights that can be found in the jurisprudence of constitutional courts of different countries.

## Appendix I

### *Draft revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms\**

#### PREAMBLE

The High Contracting Parties to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 5), signed at Rome on 4 November 1950 (hereinafter referred to as “the Convention”), being member States of the Council of Europe, and the European Union,

*Having regard* to Article 59, paragraph 2, of the Convention;

*Considering* that the European Union is founded on the respect for human rights and fundamental freedoms;

---

\* European Council, Doc. 10 June 2013, 47+1(2013)008rev2, Appendix I.

Il progetto di accordo di adesione dell'UE alla CEDU che qui si riproduce è il risultato di un processo negoziale avviato da un gruppo di lavoro composto di quattordici esperti (7 appartenenti a Stati membri dell'UE, 7 a Stati non membri dell'UE parti della CEDU) incaricato di definire le modalità dell'adesione. Un gruppo *ad hoc* (47+1) ha affiancato il gruppo dei quattordici per mettere a fuoco le procedure necessarie ai fini della formulazione del testo definitivo dell'accordo. Il Rappresentante dell'UE ha fatto presente la necessità di adottare talune misure politiche e processuali prima dell'approvazione finale dell'accordo e ha indicato che sarebbe stato richiesto un parere alla Corte di giustizia dell'UE sulla compatibilità dell'accordo con i Trattati istitutivi dell'UE, nonché una decisione del Consiglio UE all'unanimità per autorizzare l'adesione.

Gli strumenti che costituiscono il ‘pacchetto’ negoziale finalizzato alla adesione dell'UE alla CEDU sono:

- a) progetto di Accordo;
- b) progetto di Dichiarazione;
- c) progetto di disposizioni integrative del regolamento del Comitato dei Ministri per la supervisione dell'esecuzione delle sentenze e dei termini di composizione amichevole laddove l'UE sia parte in causa;
- d) modello di *memorandum* d'intesa;
- e) progetto di rapporto applicativo dell'Accordo di adesione.

*Considering* that the accession of the European Union to the Convention will enhance coherence in human rights protection in Europe;

*Considering*, in particular, that any person, non-governmental organisation or group of individuals should have the right to submit the acts, measures or omissions of the European Union to the external control of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”);

*Considering* that, having regard to the specific legal order of the European Union, which is not a State, its accession requires certain adjustments to the Convention system to be made by common agreement,

Have agreed as follows:

ARTICLE 1 – SCOPE OF THE ACCESSION AND AMENDMENTS TO ARTICLE 59 OF THE CONVENTION

1. The European Union hereby accedes to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention<sup>1</sup>.

2. Article 59, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows:

“2. *a*). The European Union may accede to this Convention and the protocols thereto. Accession of the European Union to the protocols shall be governed, *mutatis mutandis*, by Article 6 of the Protocol, Article 7 of Protocol No. 4, Articles 7 to 9 of Protocol No. 6, Articles 8 to 10 of Protocol No. 7, Articles 4 to 6 of Protocol No. 12 and Articles 6 to 8 of Protocol No. 13.

*b*). The Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms constitutes an integral part of this Convention.”

3. Accession to the Convention and the protocols thereto shall impose on the European Union obligations with regard only to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons

---

<sup>1</sup>CM/Del/Dec(2010)1085, 28 May 2010.

acting on their behalf. Nothing in the Convention or the protocols thereto shall require the European Union to perform an act or adopt a measure for which it has no competence under European Union law.

4. For the purposes of the Convention, of the protocols thereto and of this Agreement, an act, measure or omission of organs of a member State of the European Union or of persons acting on its behalf shall be attributed to that State, even if such act, measure or omission occurs when the State implements the law of the European Union, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union. This shall not preclude the European Union from being responsible as a co-respondent for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 36, paragraph 4, of the Convention and Article 3 of this Agreement<sup>2</sup>.

5. Where any of the terms:

- “State”, “States”, or “States Parties” appear in Article 10 (paragraph 1) and 17 of the Convention, as well as in Articles 1 and 2 of the Protocol, in Article 6 of Protocol No. 6, in Articles 3, 4 (paragraphs 1 and 2), 5 and 7 of Protocol No. 7, in Article 3 of Protocol No. 12 and in Article 5 of Protocol No. 13, they shall be understood as referring also to the European Union as a non-state Party to the Convention;
- “national law”, “administration of the State”, “national laws”, “national authority”, or “domestic” appear in Articles 7 (paragraph 1), 11 (paragraph 2), 12, 13 and 35 (paragraph 1) of the Convention, they shall be understood as relating also, *mutatis mutandis*, to the internal legal order of the European Union as a non-state Party to the Convention and to its institutions, bodies, offices or agencies;
- “national security”, “economic well-being of the country”, “territorial integrity”, or “life of the nation” appear in Articles 6 (paragraph 1), 8 (paragraph 2), 10 (paragraph 2), 11 (paragraph 2), and 15 (paragraph 1) of the Convention, as well as in Article 2 (paragraph 3) of Protocol No. 4 and in Article 1 (paragraph 2) of

---

<sup>2</sup> CM/Del/Dec(2012)1145/4.5, 13 June 2012.

Protocol No. 7, they shall be considered, in proceedings brought against the European Union or to which the European Union is a co-respondent, with regard to situations relating to the member States of the European Union, as the case may be, individually or collectively.

6. Insofar as the expression “everyone within their jurisdiction” appearing in Article 1 of the Convention refers to persons within the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons within the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply. Insofar as this expression refers to persons outside the territory of a High Contracting Party, it shall be understood, with regard to the European Union, as referring to persons who, if the alleged violation in question had been attributable to a High Contracting Party which is a State, would have been within the jurisdiction of that High Contracting Party.

7. With regard to the European Union, the term “country” appearing in Article 5 (paragraph 1) of the Convention and in Article 2 (paragraph 2) of Protocol No. 4 and the term “territory of a State” appearing in Article 2 (paragraph 1) of Protocol No. 4 and in Article 1 (paragraph 1) of Protocol No. 7 shall mean each of the territories of the member States of the European Union to which the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union apply.

8. Article 59, paragraph 5, of the Convention shall be amended to read as follows:

“5. The Secretary General of the Council of Europe shall notify all the Council of Europe member States and the European Union of the entry into force of the Convention, the names of the High Contracting Parties who have ratified it or acceded to it, and the deposit of all instruments of ratification or accession which may be effected subsequently.”

## ARTICLE 2 – RESERVATIONS TO THE CONVENTION AND ITS PROTOCOLS

1. The European Union may, when signing or expressing its consent

to be bound by the provisions of this Agreement in accordance with Article 10, make reservations to the Convention and to the Protocol in accordance with Article 57 of the Convention.

2. Article 57, paragraph 1, of the Convention shall be amended to read as follows:

“1. Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision.

The European Union may, when acceding to this Convention, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law of the European Union then in force is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this Article.”

#### ARTICLE 3 – CO-RESPONDENT MECHANISM

1. Article 36 of the Convention shall be amended as follows:

a. the heading of Article 36 of the Convention shall be amended to read as follows: “Third party intervention and co-respondent”;

b. a new paragraph 4 shall be added at the end of Article 36 of the Convention, which shall read as follows:

“4. The European Union or a member State of the European Union may become a co-respondent to proceedings by decision of the Court in the circumstances set out in the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. A co-respondent is a party to the case. The admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of a co-respondent in the proceedings.”

2. Where an application is directed against one or more member States of the European Union, the European Union may become a co-respondent to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under European Union law.

3. Where an application is directed against the European Union, the European Union member States may become co-respondents to the proceedings in respect of an alleged violation notified by the Court if it appears that such allegation calls into question the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of a provision of the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments, notably where that violation could have been avoided only by disregarding an obligation under those instruments.

4. Where an application is directed against and notified to both the European Union and one or more of its member States, the status of any respondent may be changed to that of a co-respondent if the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met.

5. A High Contracting Party shall become a co-respondent either by accepting an invitation from the Court or by decision of the Court upon the request of that High Contracting Party.

When inviting a High Contracting Party to become co-respondent, and when deciding upon a request to that effect, the Court shall seek the views of all parties to the proceedings. When deciding upon such a request, the Court shall assess whether, in the light of the reasons given by the High Contracting Party concerned, it is plausible that the conditions in paragraph 2 or paragraph 3 of this article are met.

6. In proceedings to which the European Union is a co-respondent, if the Court of Justice of the European Union has not yet assessed the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of

European Union law as under paragraph 2 of this article, sufficient time shall be afforded for the Court of Justice of the European Union to make such an assessment, and thereafter for the parties to make observations to the Court. The European Union shall ensure that such assessment is made quickly so that the proceedings before the Court are not unduly delayed. The provisions of this paragraph shall not affect the powers of the Court.

7. If the violation in respect of which a High Contracting Party is a co-respondent to the proceedings is established, the respondent and the co-respondent shall be jointly responsible for that violation, unless the Court, on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant, decides that only one of them be held responsible.

8. This article shall apply to applications submitted from the date of entry into force of this Agreement.

#### ARTICLE 4 – INTER-PARTY CASES

1. The first sentence of Article 29, paragraph 2, of the Convention shall be amended to read as follows: “A Chamber shall decide on the admissibility and merits of inter-Party applications submitted under Article 33”.

2. The heading of Article 33 of the Convention shall be amended to read as follows: “Inter-Party cases”.

#### ARTICLE 5 – INTERPRETATION OF ARTICLES 35 AND 55 OF THE CONVENTION

Proceedings before the Court of Justice of the European Union shall be understood as constituting neither procedures of international investigation or settlement within the meaning of Article 35, paragraph 2.b, of the Convention, nor means of dispute settlement within the meaning of Article 55 of the Convention.

#### ARTICLE 6 – ELECTION OF JUDGES

1. A delegation of the European Parliament shall be entitled to

participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with Article 22 of the Convention. The delegation of the European Parliament shall have the same number of representatives as the delegation of the State which is entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.

2. The modalities of the participation of representatives of the European Parliament in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its relevant bodies shall be defined by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in co-operation with the European Parliament.

#### ARTICLE 7 – PARTICIPATION OF THE EUROPEAN UNION IN THE MEETINGS OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE

1. Article 54 of the Convention shall be amended to read as follows:

“Article 54 – Powers of the Committee of Ministers

1. Protocols to this Convention are adopted by the Committee of Ministers.

2. Nothing in this Convention shall prejudice the powers conferred on the Committee of Ministers by the Statute of the Council of Europe.”

2. The European Union shall be entitled to participate in the meetings of the Committee of Ministers, with the right to vote, when the latter takes decisions under Articles 26 ( paragraph 2), 39 (paragraph 4), 46 (paragraphs 2 to 5), 47 and 54 (paragraph 1) of the Convention.

3. Before the adoption of any other instrument or text:

- relating to the Convention or to any protocol to the Convention to which the European Union is a party and addressed to the Court or to all High Contracting Parties to the Convention or to the protocol concerned;

- relating to decisions by the Committee of Ministers under the provisions referred to in paragraph 2 of this article; or
- relating to the selection of candidates for election of judges by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe under Article 22 of the Convention, the European Union shall be consulted within the Committee of Ministers. The latter shall take due account of the position expressed by the European Union.

4. The exercise of the right to vote by the European Union and its member States shall not prejudice the effective exercise by the Committee of Ministers of its supervisory functions under Articles 39 and 46 of the Convention. In particular, the following shall apply:

- a. in relation to cases where the Committee of Ministers supervises the fulfilment of obligations either by the European Union alone, or by the European Union and one or more of its member States jointly, it derives from the European Union treaties that the European Union and its member States express positions and vote in a co-ordinated manner. The Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements shall be adapted to ensure that the Committee of Ministers effectively exercises its functions in those circumstances.
- b. where the Committee of Ministers otherwise supervises the fulfilment of obligations by a High Contracting Party other than the European Union, the member States of the European Union are free under the European Union treaties to express their own position and exercise their right to vote.

#### ARTICLE 8 – PARTICIPATION OF THE EUROPEAN UNION IN THE EXPENDITURE RELATED TO THE CONVENTION

1. The European Union shall pay an annual contribution dedicated to the expenditure related to the functioning of the Convention. This annual contribution shall be in addition to contributions made by the other High Contracting Parties. Its amount shall be equal to 34% of

the highest amount contributed in the previous year by any State to the Ordinary Budget of the Council of Europe.

2.
  - a. If the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention, expressed as a proportion of the Ordinary Budget itself, deviates in each of two consecutive years by more than 2.5 percentage points from the percentage indicated in paragraph 1, the Council of Europe and the European Union shall, by agreement, amend the percentage in paragraph 1 to reflect this new proportion.
  - b. For the purpose of this paragraph, no account shall be taken of a decrease in absolute terms of the amount dedicated within the Ordinary Budget of the Council of Europe to the expenditure related to the functioning of the Convention as compared to the year preceding that in which the European Union becomes a Party to the Convention.
  - c. The percentage that results from an amendment under paragraph 2.a may itself later be amended in accordance with this paragraph.
3. For the purpose of this article, the expression “expenditure related to the functioning of the Convention” refers to the total expenditure on:
  - a. the Court;
  - b. the supervision of the execution of judgments of the Court; and
  - c. the functioning, when performing functions under the Convention, of the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly and the Secretary General of the Council of Europe, increased by 15% to reflect related administrative overhead costs.
4. Practical arrangements for the implementation of this article may be determined by agreement between the Council of Europe and the European Union.

ARTICLE 9 – RELATIONS WITH OTHER AGREEMENTS

1. The European Union shall, within the limits of its competences, respect the provisions of:
  - a. Articles 1 to 6 of the European Agreement relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights of 5 March 1996 (ETS No. 161);
  - b. Articles 1 to 19 of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 2 September 1949 (ETS No. 2) and Articles 2 to 6 of its Protocol of 6 November 1952 (ETS No. 10), in so far as they are relevant to the operation of the Convention; and
  - c. Articles 1 to 6 of the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe of 5 March 1996 (ETS No. 162).
2. For the purpose of the application of the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Contracting Parties to each of them shall treat the European Union as if it were a Contracting Party to that agreement or protocol.
3. The European Union shall be consulted before any agreement or protocol referred to in paragraph 1 is amended.
4. With respect to the agreements and protocols referred to in paragraph 1, the Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union of:
  - a. any signature;
  - b. the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
  - c. any date of entry into force in accordance with the relevant provisions of those agreements and protocols; and
  - d. any other act, notification or communication relating to those agreements and protocols.

ARTICLE 10 – SIGNATURE AND ENTRY INTO FORCE

1. The High Contracting Parties to the Convention at the date of the opening for signature of this Agreement and the European Union may express their consent to be bound by:

- a. signature without reservation as to ratification, acceptance or approval; or
- b. signature with reservation as to ratification, acceptance or approval, followed by ratification, acceptance or approval.

2. Instruments of ratification, acceptance or approval shall be deposited with the Secretary General of the Council of Europe.

3. This Agreement shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date on which all High Contracting Parties to the Convention mentioned in paragraph 1 and the European Union have expressed their consent to be bound by the Agreement in accordance with the provisions of the preceding paragraphs.

4. The European Union shall become a Party to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention at the date of entry into force of this Agreement.

ARTICLE 11 – RESERVATIONS

No reservation may be made in respect of the provisions of this Agreement.

ARTICLE 12 – NOTIFICATIONS

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the European Union and the member States of the Council of Europe of:

- a. any signature without reservation in respect of ratification, acceptance or approval;

- b. any signature with reservation in respect of ratification, acceptance or approval;
- c. the deposit of any instrument of ratification, acceptance or approval;
- d. the date of entry into force of this Agreement in accordance with Article 10;
- e. any other act, notification or communication relating to this Agreement.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Agreement.

Done at ..... the ....., in English and in French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe and to the European Union.

*Appendix II*

*Draft declaration by the European Union to be made at the time  
of signature of the Accession Agreement*

“Upon its accession to the Convention, the European Union will ensure that:

- a. it will request to become a co-respondent to the proceedings before the European Court of Human Rights or accept an invitation by the Court to that effect, where the conditions set out in Article 3, paragraph 2, of the Accession Agreement are met;
- b. the High Contracting Parties to the Convention other than the member States of the European Union, which in a procedure under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union are entitled to submit statements of case or written observations to the Court of Justice of the European Union, be entitled, under the same conditions, to do so also in a procedure in which the Court of Justice of the European Union assesses the compatibility with the Convention of a provision of European Union law, in accordance with Article 3, paragraph 6, of the Accession Agreement.”

*Appendix III*

*Draft rule to be added to the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the European Union is a party*

*“Rule 18 – Judgments and friendly settlements in cases to which the European Union is a party*

1. Decisions by the Committee of Ministers under Rule 17 (Final Resolution) of the present rules shall be considered as adopted if a majority of four fifths of the representatives casting a vote and a majority of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee of Ministers are in favour.
2. Decisions by the Committee of Ministers under Rule 10 (Referral to the Court for interpretation of a judgment) and under Rule 11 (Infringement proceedings) of the present rules shall be considered as adopted if one fourth of the representatives entitled to sit on the Committee of Ministers is in favour.
3. Decisions on procedural issues or merely requesting information shall be considered as adopted if one fifth of the representatives entitled to sit on the Committee of Ministers is in favour.
4. Amendments to the provisions of this rule shall require consensus by all High Contracting Parties to the Convention.”

*Appendix IV*

*Draft model of memorandum of understanding between the European Union and X [State which is not a member of the European Union]*

“1. Upon a request by X, the European Union will seek leave to intervene pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in a case brought against X in which an alleged violation of the Convention or its Protocols calls into question a provision of European Union law, including decisions taken under the Treaty on European Union and under the Treaty on the Functioning of the European Union, which, pursuant to an international agreement concluded with the European Union, X is under an obligation to apply.

2. Where the European Court of Human Rights in a judgment against X has established a violation calling into question a provision of the nature referred to in point 1, the European Union will examine with X which measures are required by the European Union following such judgment. To this end, use will be made of the procedures provided for under the relevant international agreement.”

*Appendix V*

*Draft explanatory report to the Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*

INTRODUCTION

1. The accession of the European Union (hereinafter referred to as “the EU”) to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed at Rome on 4 November 1950 (ETS No. 5; hereinafter referred to as “the Convention”) constitutes a major step in the development of the protection of human rights in Europe. The objective of the accession is to enhance coherence in human rights protection in Europe by strengthening participation, accountability and enforceability in the Convention system.

2. Discussed since the late 1970s, the accession became a legal obligation under the Treaty on European Union (hereinafter referred to as the “TEU”) when the Treaty of Lisbon came into force on 1 December 2009. Pursuant to Article 6, paragraph 2, of the TEU, “[t]he Union shall accede to the [Convention]. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties”. Protocol No. 8 to the Treaty of Lisbon set out a number of further requirements for the conclusion of the Accession Agreement. Protocol No. 14 (CETS No. 194) to the Convention, which was adopted in 2004 and which entered into force on 1 June 2010, amended Article 59 of the Convention to allow the EU to accede to it.

I. NEED FOR AN ACCESSION AGREEMENT

3. The above provisions, although necessary, were not sufficient to allow for an immediate accession of the EU. The Convention, as amended by Protocols Nos. 11 (ETS No. 155) and 14, was drafted to apply only to Contracting Parties who are also member States of the Council of Europe. As the EU is neither a State nor a member of the Council of Europe, and has its own specific legal system, its accession requires certain adaptations to the Convention system. These include: amendments to provisions of

the Convention to ensure that it operates effectively with the participation of the EU; supplementary interpretative provisions; adaptations of the procedure before the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as “the Court”) to take into account the characteristics of the legal order of the EU, in particular the specific relationship between an EU member State’s legal order and that of the EU itself; and other technical and administrative issues not directly pertaining to the text of the Convention, but for which a legal basis is required.

4. It was therefore necessary to establish, by common agreement between the EU and the current High Contracting Parties to the Convention, the conditions of accession and the adjustments to be made to the Convention system.

5. As a result of the accession, any person, non-governmental organisation or group of individuals will have the right to submit the acts, measures and omissions of the EU, like those of every other High Contracting Party, to the external control exercised by the Court in the light of the rights guaranteed under the Convention. This is all the more important since the EU member States have transferred substantial powers to the EU. At the same time, the competence of the Court to assess the conformity of EU law with the provisions of the Convention will not prejudice the principle of the autonomous interpretation of EU law.

6. The EU is founded on the respect for fundamental rights, the observance of which is ensured by the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as “the CJEU”) as well as by the courts of the EU member States; accession of the EU to the Convention will further enhance the coherence of the judicial protection of human rights in Europe.

7. As general principles, the Accession Agreement aims to preserve the equal rights of all individuals under the Convention, the rights of applicants in the Convention procedures, and the equality of all High Contracting Parties. The current control mechanism of the Convention should, as far as possible, be preserved and applied to the EU in the same way as to other High Contracting Parties, by making only those adaptations that are strictly necessary. The EU should, as a matter of principle, accede to the Convention on an equal footing with the other Contracting Parties, that is, with the same rights and obligations. It was, however, acknowledged that, because the EU is not a State, some adaptations would be necessary. It is also

understood that the existing rights and obligations of the States Parties to the Convention, whether or not members of the EU, should be unaffected by the accession, and that the distribution of competences between the EU and its member States and between the EU institutions shall be respected.

## II. PRINCIPAL STAGES IN THE PREPARATION OF THE ACCESSION AGREEMENT

8. Before the elaboration of this Agreement, the accession of the EU to the Convention had been debated on several occasions.

9. The Steering Committee for Human Rights (CDDH) adopted at its 53rd meeting in June 2002 a study<sup>3</sup> of the legal and technical issues that would have to be addressed by the Council of Europe in the event of possible accession by the EU to the Convention, which it transmitted to the Convention on the Future of Europe, convened following the Laeken Declaration of the European Council of December 2001, in order to consider the key issues arising for the EU's future development with a view to assisting future political decision making about such accession.

10. When drafting Protocol No. 14 to the Convention in 2004, the High Contracting Parties decided to add a new paragraph to Article 59 of the Convention providing for the possible accession of the EU. It was, however, noted even at that time that further modifications to the Convention were necessary to make such accession possible from a legal and technical point of view<sup>4</sup> and that such modifications could be made either in an amending protocol to the Convention, or in an accession treaty between the EU and the States Parties to the Convention.

11. The entry into force of the Treaty of Lisbon in December 2009 and of Protocol No. 14 to the Convention in June 2010 created the necessary legal preconditions for the accession.

12. The Committee of Ministers adopted, at the 1085th meeting of the Ministers' Deputies (26 May 2010), ad hoc terms of reference for the CDDH to elaborate, in co-operation with representatives of the EU, a legal instrument, or instruments, setting out the modalities of accession of the

---

<sup>3</sup> Document CDDH(2002)010 Addendum 2.

<sup>4</sup> See the explanatory report to Protocol No. 14, paragraph 101.

EU to the European Convention on Human Rights, including its participation in the Convention system<sup>5</sup>. On the EU side, the Council of the EU adopted on 4 June 2010 a decision authorising the European Commission to negotiate an agreement for the EU to accede to the Convention.

13. The CDDH entrusted this task to an informal group (CDDH-UE) of 14 members (seven from member States of the EU and seven from non-member States of the EU), chosen on the basis of their expertise. This group held in total eight meetings with the European Commission.

The CDDH submitted a report to the Committee of Ministers on the work carried out by the CDDH-UE, with draft legal instruments appended, on 14 October 2011. On 13 June 2012 the Committee of Ministers gave a new mandate to the CDDH to pursue negotiations with the EU, in an ad hoc group (“47+1”), with a view to finalising the legal instruments setting out the modalities of accession of the EU to the Convention. This negotiation group held in total five meetings with the European Commission. In the context of the meetings of the CDDH-UE and of the “47+1” group three exchanges of views were held with representatives of civil society, who regularly submitted comments on the working documents.

14. In the context of the regular meetings which take place between the two courts, delegations from the Court and the CJEU discussed on 17 January 2011 the accession of the EU to the Convention, and in particular the question of the possible prior involvement of the CJEU in cases to which the EU is a co-respondent. The joint declaration by the presidents of the two European courts summarising the results of the discussion provided a valuable reference and guidance for the negotiation.

15. The present explanatory report is part of a package of instruments prepared by the negotiating group which all form part of the context underlying the accession of the EU to the Convention. Explanatory reports have been used by the European Court of Human Rights as a means of interpretation.

16. After the opinion provided by the CJEU on ..., the CDDH approved the draft accession agreement and sent it to the Committee of Ministers on ... The European Court of Human Rights adopted an opinion on the draft accession agreement on ... The Parliamentary Assembly adopted an opinion on the draft accession agreement (Opinion ... of ...).

---

<sup>5</sup> CM/Del/Dec(2010)1085, of 26 May 2010.

The Accession Agreement was adopted by the Committee of Ministers on ... and opened for signature on ....

### III. COMMENTS ON PROVISIONS OF THE ACCESSION AGREEMENT

#### ARTICLE 1 – SCOPE OF THE ACCESSION AND AMENDMENTS TO ARTICLE 59 OF THE CONVENTION

17. It was decided that, upon its entry into force, the Accession Agreement would simultaneously amend the Convention and include the EU among its Parties, without the EU needing to deposit a further instrument of accession. This would also be the case for the EU's accession to the Protocol (ETS No. 9) and to Protocol No. 6 (ETS No. 114) to the Convention. Subsequent accession by the EU to Protocols No. 4, 7, 12 and 13 would require the deposit of separate accession instruments.

18. The amendments to the Convention concern paragraphs 2 and 5 of Article 59.

19. Article 59, paragraph 2, of the Convention, as amended, defines the modalities of EU accession to the protocols and the status of the Accession Agreement. It is divided into two sub-paragraphs.

#### *Accession to protocols*

20. Under paragraph 2.a, a provision is added to Article 59 of the Convention to permit the EU to accede to the protocols to the Convention. To ensure that this provision can serve as a legal basis for the accession to those protocols, Article 59, paragraph 2.a, states that the provisions of the protocols concerning signature and ratification, entry into force and depositary functions<sup>6</sup> shall apply, *mutatis mutandis*, in the event of the EU's accession to those protocols.

---

<sup>6</sup> These are, namely: Article 6 of the Protocol, Article 7 of Protocol No. 4 (ETS No. 46), Articles 7 to 9 of Protocol No. 6 (ETS No. 114), Articles 8 to 10 of Protocol No. 7 (ETS No. 117), Articles 4 to 6 of Protocol No. 12 (ETS No. 177) and Articles 6 to 8 of Protocol No. 13 (ETS No. 187).

*Status of the Accession Agreement*

21. Article 59, paragraph 2.b, of the Convention states that the Accession Agreement constitutes an integral part of the Convention. This therefore makes it possible to limit the amendments made to the Convention. For instance, attribution and interpretation clauses, provisions about privileges and immunities and about the participation of the EU in the Committee of Ministers of the Council of Europe are thus dealt with in the Accession Agreement. It should be noted that the Accession Agreement does not contain any specific provision about its denunciation. Since upon entry into force, it will be an integral part of the Convention, it would not be possible to denounce it separately from the Convention; conversely, denunciation of the Convention will imply the denunciation ipso facto of the Accession Agreement. In so far as the Accession Agreement will still have legal effect after the EU has acceded, its provisions will be subject to interpretation by the Court. To implement the Accession Agreement, the EU will adopt internal legal rules regulating various matters, including the functioning of the co-respondent mechanism. Similarly, the Rules of Court will also be adapted.

*Effects of the accession*

22. Article 1, paragraph 3, of the Accession Agreement reflects the requirement under Article of Protocol No. 8 to the Treaty of Lisbon that the accession of the EU shall not affect its competences or the powers of its institutions. This provision also makes it clear that accession to the Convention imposes on the EU obligations with regard to acts, measures or omissions of its institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their behalf.

23. Under EU law, the acts of one or more Member States or of persons acting on their behalf implementing EU law, including decisions taken by the EU institutions under the TEU and the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as the “TFEU”), are attributed to the member State or member States concerned. In particular, where persons employed or appointed by a member State act in the framework of an operation pursuant to a decision of the EU institutions, their acts, measures and omissions are attributed to the member State concerned. Attribution to a member State does not preclude the EU from being responsible as a co-respondent. Conversely, under EU law, acts, measures and omissions of the EU institutions, bodies, offices or agencies, or of persons acting on their

behalf, are attributed to the EU. The foregoing applies to acts, measures or omissions, regardless of the context in which they occur, including with regard to matters relating to the EU common foreign and security policy. For the sake of consistency, parallel rules should apply for the purposes of the Convention system as laid down in Article 1, paragraph 4, of the Accession Agreement.

24. More specifically, as regards the attributability of a certain action to either a Contracting Party or an international organisation under the umbrella of which that action was taken, in none of the cases in which the Court has decided on the attribution of extra-territorial acts or measures by Contracting Parties operating in the framework of an international organisation<sup>7</sup> was there a specific rule on attribution, for the purposes of the Convention, of such acts or measures to either the international organisation concerned or its members.

25. The attribution of such an act to a member State of the EU shall not preclude the possibility that the European Union becomes a co-respondent in the same case if the conditions set out in Article 3 paragraph 2 are met, that it takes part in the procedure in accordance with the relevant paragraphs of the same Article and with Article 36, paragraph 4, of the Convention and that it may be held jointly responsible for a violation resulting from such an act, measure or omission, in accordance with Article 3, paragraph 7.

26. It should also be noted that, since the Court under the Convention has jurisdiction to settle disputes between individuals and the High Contracting Parties (as well as between High Contracting Parties) and therefore to interpret the provisions of the Convention, the decisions of the Court in cases to which the EU is party will be binding on EU institutions, including the CJEU<sup>8</sup>.

#### *Technical amendments to the Convention*

27. Three interpretation clauses are added to the Accession Agreement. This avoids amending the substantive provisions of the Convention and the protocols, thereby maintaining their readability. All of the protocols

---

<sup>7</sup> See, *inter alia*, *Behrami and Behrami v. France* and *Saramati v. France, Germany and Norway*, Application No. 71412/01, decision of 2 May 2007, paragraph 122; *Al-Jedda v. United Kingdom*, Application No. 27021/08, judgment of 7 July 2011, paragraph 76.

<sup>8</sup> See also, in this respect, Court of Justice of the European Communities, opinion 1/91 of 14 December 1991 and opinion 1/92 of 10 April 1992.

provide that their substantive provisions shall be regarded as additional articles to the Convention, and that all the provisions of the latter shall apply accordingly; this clarifies the accessory nature of the protocols to the Convention. It follows that these general interpretation clauses will also apply to the protocols without their needing to be amended to that effect.

28. By virtue of the first indent of Article 1, paragraph 5, various terms that explicitly refer to “States” as High Contracting Parties to the Convention (that is, “State”, “States” or “States Parties”) will, after the accession, be understood as referring also to the EU as a High Contracting Party. The second indent of paragraph 5 contains a further list of terms relating more generally to the concept of “State” or to certain elements thereof. The inclusion of the terms “national law”, “national laws”, “national authority” and “domestic” in that list is justified as they should be understood as referring to the internal legal order of a High Contracting Party. The inclusion of the term “administration of the State” in that list is justified as, pursuant to Articles 298 and 336 of the TFEU, the institutions, bodies, offices and agencies of the EU have the support of a public administration and of a civil service. The last indent of paragraph addresses terms which are contained in provisions of the Convention and certain protocols dealing with the justification of restrictions placed on the exercise of certain rights guaranteed by those instruments (“national security”, “economic well-being of the country”, “territorial integrity” and “life of the nation”). Those terms will be understood with regard to situations relating to the member States of the European Union either individually or collectively, irrespective of whether the European Union is the sole respondent in a case or a co-respondent in a case brought against those member States. As regards the application to the EU of the expression “life of the nation”, it was noted that it may be interpreted as allowing the EU to take measures derogating from its obligations under the Convention in relation to measures taken by one of its member States in time of emergency in accordance with Article 15 of the Convention.

29. Article 1, paragraph 6, contains an additional interpretation clause which clarifies how the expression “everyone within their jurisdiction” in Article 1 of the Convention will apply to the EU. As jurisdiction under Article 1 of the Convention is primarily territorial, this interpretation clause clarifies that the EU is required to secure the rights of persons within the territories of the member States of the EU to which the TEU and the TFEU apply. Nevertheless, the Court has recognised that in certain exceptional

circumstances, a High Contracting Party may exercise jurisdiction outside its territorial borders<sup>9</sup>. Accordingly, where the Convention might apply to persons outside the territory to which the TEU and the TFEU apply, this clause makes it clear that they should be regarded as within the jurisdiction of the EU only in cases where they would be within the jurisdiction of a High Contracting Party which is a State had the alleged violation been attributable to that High Contracting Party.

30. Article 1, paragraph 7, refers to certain provisions in the Convention and certain protocols which use the terms “country” or “territory of a State”. Given that the EU itself is neither a country nor a State, and therefore does not have a territory of its own, the provision clarifies that these terms are understood as referring to each of the territories of EU member States to which the TEU and the TFEU apply. The territorial scope of these treaties, including with regard to certain overseas countries and territories, is set out in Article 52 of the TEU and Article 355 of the TFEU.

31. There are some expressions in the Convention that have not been included in the interpretation clauses. An interpretation clause was not considered necessary for the expression “internal law” appearing in Articles 41 and 52 of the Convention, since this expression would be equally applicable to the EU as a High Contracting Party. For reasons pertaining to the specific legal order of the EU, the concept of EU citizenship is not analogous to the concept of nationality that appears in Articles 14 and 36 of the Convention, Article 3 of Protocol No. 4 and Article 1 of Protocol No. 12. Likewise, the terms “countries” appearing in Article 4, paragraph 3.b, of the Convention, “civilised nations” appearing in Article 7 of the Convention, and “State”, “territorial” and “territory/territories” appearing in Articles 56 and 58 of the Convention and in the corresponding provisions of the protocols<sup>10</sup>, do not require any adaptation as a result of the EU’s accession. Finally, the absence of a reference to the word “State” in Article 2 of Protocol No. 6 (concerning death penalty in time of war) is due to the fact that the EU has no competence to avail itself of the option set out in that provision.

---

<sup>9</sup> *Al-Skeini v. United Kingdom*, Application No. 55721/07, judgment of 7 July 2011, paragraphs 131-132.

<sup>10</sup> These are, namely: Article 4 of the Protocol, Article 5 of Protocol No. 4, Article 5 of Protocol No. 6, Article 6 of Protocol No. 7, Article 2 of Protocol No. 12 and Article 4 of Protocol No. 13.

32. Finally, a technical amendment to Article 59, paragraph 5, of the Convention takes into account EU accession for the purposes of notification by the Secretary General.

#### ARTICLE 2 – RESERVATIONS TO THE CONVENTION AND ITS PROTOCOLS

33. The EU should accede to the Convention, as far as possible, on an equal footing with the other High Contracting Parties. Therefore, the conditions applicable to the other High Contracting Parties with regard to reservations, declarations and derogations under the Convention should also apply to the EU. For reasons of legal certainty, it was, however, agreed to include in the Accession Agreement a provision (Article 2, paragraph 1) allowing the EU to make reservations under Article 57 of the Convention under the same conditions as any other High Contracting Party. Any reservation should be consistent with the relevant rules of international law.

34. As Article 57 of the Convention currently only refers to “States”, technical adaptations to paragraph 1 of that provision are necessary to allow the EU to make reservations under it (see Article 2, paragraph 2, of the Accession Agreement). The expression “law of the European Union” is meant to cover the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union, or any other provision having the same legal value pursuant to those instruments (the EU “primary law”) as well as legal provisions contained in acts of the EU institutions (the EU “secondary law”).

35. In accordance with Article 1, paragraph 1, of the Accession Agreement, the EU accedes to the Convention, to the Protocol to the Convention and to Protocol No. 6 to the Convention. The EU may make reservations to the Convention and to the Protocol; no reservations are permitted to Protocol No. 6, pursuant to its Article 4. In the event of EU accession to other existing or future protocols, the possibility to make reservations is governed by Article 57 of the Convention and the relevant provisions of such protocols.

36. Article 2, paragraph 1, of the Accession Agreement gives the EU the possibility to make reservations to the Convention either when signing or when expressing its consent to be bound by the provisions of the Accession Agreement. In accordance with Article 23 of the 1969 Vienna

Convention on the Law of Treaties, reservations to the Convention made at the moment of the signature of the Accession Agreement shall be confirmed, in order to be valid, at the moment of expression of consent to be bound by the provisions of the Accession Agreement.

### ARTICLE 3 – CO-RESPONDENT MECHANISM

37. A new mechanism is being introduced to allow the EU to become a co-respondent to proceedings instituted against one or more of its member States and, similarly, to allow the EU member States to become co-respondents to proceedings instituted against the EU.

#### *Reasons for the introduction of the mechanism*

38. This mechanism was considered necessary to accommodate the specific situation of the EU as a non-State entity with an autonomous legal system that is becoming a Party to the Convention alongside its own member States. It is a special feature of the EU legal system that acts adopted by its institutions may be implemented by its member States and, conversely, that provisions of the EU founding treaties agreed upon by its member States may be implemented by institutions, bodies, offices or agencies of the EU. With the accession of the EU, there could arise the unique situation in the Convention system in which a legal act is enacted by one High Contracting Party and implemented by another.

39. The newly introduced Article 36, paragraph 4, of the Convention provides that a co-respondent has the status of a party to the case. If the Court finds a violation of the Convention, the co-respondent will be bound by the obligations under Article 46 of the Convention. The co-respondent mechanism is therefore not a procedural privilege for the EU or its member States, but a way to avoid gaps in participation, accountability and enforceability in the Convention system. This corresponds to the very purpose of EU accession and serves the proper administration of justice.

40. As regards the position of the applicant, the newly introduced Article 36, paragraph 4, of the Convention states that the admissibility of an application shall be assessed without regard to the participation of the co-respondent in the proceedings. This provision thus ensures that an application will not be declared inadmissible as a result of the participation of the

co-respondent, notably with regard to the exhaustion of domestic remedies within the meaning of Article 35, paragraph 1, of the Convention. Moreover, applicants will be able to make submissions to the Court in each case before a decision on joining a co-respondent is taken (see below, paragraphs 47 to 50).

41. The introduction of the co-respondent mechanism is also fully in line with Article 1.b of Protocol No. 8 to the Treaty of Lisbon, which requires the Accession Agreement to provide for “the mechanisms necessary to ensure that ... individual applications are correctly addressed to Member States and/or the Union, as appropriate”. Using the language of this protocol, the co-respondent mechanism offers the opportunity to “correct” applications in the following two ways.

*Situations in which the co-respondent mechanism may be applied*

42. The mechanism would allow the EU to become a co-respondent to cases in which the applicant has directed an application only against one or more EU member States. Likewise, the mechanism would allow the EU member States to become co-respondents to cases in which the applicant has directed an application only against the EU.

43. Where an application is directed against both the EU and an EU member State, the mechanism would also be applied if the EU or the member State was not the party that acted or omitted to act in respect of the applicant, but was instead the party that provided the legal basis for that act or omission. In this case, the co-respondent mechanism would allow the application not to be declared inadmissible in respect of that party on the basis that it is incompatible *ratione personae*.

44. In cases in which the applicant alleges different violations by the EU and one or more of its member States separately, the co-respondent mechanism will not apply.

*Third party intervention and the co-respondent mechanism*

45. The co-respondent mechanism differs from third party interventions under Article 36, paragraph 2, of the Convention. The latter only gives the third party (be it a High Contracting Party to the Convention or, for example, another subject of international law or a non-governmental

organisation) the opportunity to submit written comments and participate in the hearing in a case before the Court, but it does not become a party to the case and is not bound by the judgment. A co-respondent becomes, on the contrary, a full party to the case and will therefore be bound by the judgment. The introduction of the co-respondent mechanism should thus not be seen as precluding the EU from participating in the proceedings as a third party intervener, where the conditions for becoming a co-respondent are not met.

46. It is understood that a third party intervention may often be the most appropriate way to involve the EU in a case. For instance, if an application is directed against a State associated to parts of the EU legal order through separate international agreements (for example, the Schengen and Dublin Agreements and the Agreement on the European Economic Area) concerning obligations arising from such agreements, third party intervention would be the only way for the EU to participate in the proceedings. The issue of the EU requesting leave to intervene will be dealt with in separate memoranda of understanding between the EU and the concerned States, upon their request.

*The tests for triggering the co-respondent mechanism*

47. In order to identify cases involving EU law suitable for applying the co-respondent mechanism, two tests are set out in Article 3, paragraphs 2 and 3, of the Accession Agreement. These tests would apply taking account of provisions of EU law as interpreted by the competent courts. The fact that the alleged violation may arise from a positive obligation deriving from the Convention would not affect the application of these tests. They would also cover cases in which the applications were directed from the outset against both the EU and one or more of its member States (Article 3, paragraph 4, of the Accession Agreement).

48. In the case of applications notified to one or more member States of the EU, but not to the EU itself (paragraph 2), the test is fulfilled if it appears that the alleged violation notified by the Court calls into question the compatibility of a provision of (primary or secondary) EU law, including decisions taken under the TEU and the TFEU, with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded. This would be the case, for instance, if an alleged violation could only have been avoided by a member State disregarding an

obligation under EU law (for example, when an EU law provision leaves no discretion to a member State as to its implementation at the national level).

49. In the case of applications notified to the EU, but not to one or more of its member States (paragraph 3), the EU member States may become co-respondents if it appears that the alleged violation as notified by the Court calls into question the compatibility of a provision of the primary law of the EU with the Convention rights at issue.

50. On the basis of the relevant case law of the Court, it can be expected that such a mechanism may be applied only in a limited number of cases.

*Outline of the procedure under the co-respondent mechanism*

51. The co-respondent mechanism will not alter the current practice under which the Court makes a preliminary assessment of an application, with the result that many manifestly ill-founded or otherwise inadmissible applications are not communicated. Therefore, the co-respondent mechanism should only be applied to cases which have been notified to a High Contracting Party<sup>11</sup>. Article 3, paragraph 5, of the Accession Agreement outlines the procedure and the conditions for applying the co-respondent mechanism, whereby a High Contracting Party becomes a co-respondent either by accepting an invitation by the Court or by decision of the Court upon the request of that High Contracting Party. The following paragraphs are understood as merely illustrating this provision. For those cases selected by the Court for notification, the procedure initially follows the information indicated by the applicant in the application form.

*A. Applications directed against one or more member States of the European Union, but not against the European Union itself (or vice versa)*

52. In cases in which the application is directed against one (or more) member State(s) of the EU, but not against the EU itself, the latter may, if it considers that the criteria set out in Article 3, paragraph 2, of the Accession Agreement are fulfilled, request to join the proceedings as co-respondent. Where the application is directed against the EU, but not

<sup>11</sup> The term “notified” refers to the procedure whereby, pursuant to Article 54, paragraph 2, letter b of the Rules of the Court, the Court gives notice of an application to a respondent.

against one (or more) of its member States, the EU member States may, if they consider that the criteria set out in Article 3, paragraph 3, of the Accession Agreement are fulfilled, request to join the proceedings as co-respondents. Any such request should be reasoned. In order to enable the potential co-respondent to make such requests, it is important that the relevant information on applications, including the date of their notification to the respondent, is rapidly made public. The Court's system of publication of communicated cases should ensure the dissemination of such information.

53. Moreover, the Court may, when notifying an alleged violation or at a later stage of the proceedings, invite a High Contracting Party to participate in the proceedings as a co-respondent if it considers that the criteria set out in Article 3, paragraphs 2 or 3, as appropriate, are met. In such case, the acceptance of the invitation by that High Contracting Party would be a necessary condition for the latter to become co-respondent. No High Contracting Party may be compelled to become a co-respondent. This reflects the fact that the initial application was not addressed against the potential co-respondent, and that no High Contracting Party can be forced to become a party to a case where it was not named in the original application.

54. The Court will inform both the applicant and the respondent about the invitation or the request, and set a short time limit for comments.

55. In the event of a request to join the proceedings as a co-respondent made by a High Contracting Party, the Court will decide, having considered the reasons stated in its request as well as any submissions by the applicant and the respondent, whether to admit the co-respondent to the proceedings, and will inform the requester and the parties to the case of its decision. When taking such a decision, the Court will limit itself to assessing whether the reasons stated by the High Contracting Party (or Parties) making the request are plausible in the light of the criteria set out in Article 3, paragraphs 2 or 3, as appropriate, without prejudice to its assessment of the merits of the case. The decision of the Court to join a High Contracting Party to a case as a co-respondent may include specific conditions (for example, the provision of legal aid in order to protect the interest of the applicant) if considered necessary in the interests of the proper administration of justice.

*B. Applications directed against both the EU and one or more of its member States*

56. In a case which has been directed against and notified to both the EU and one or more of its member States in respect of at least one alleged violation, either of these respondents may, if it considers that the conditions relating to the nature of the alleged violation set out in Article 3, paragraphs 2 or 3, are met, ask the Court to change its status to that of co-respondent. As in the case described under A above, the Court may invite a respondent to change its status, but the acceptance by the concerned respondent would be a necessary condition for such a change. The High Contracting Party (or Parties) becoming co-respondent(s) would be the Party (or Parties) which is (or are) not responsible for the act or omission which allegedly caused the violation, but only for the legal basis of such an act or omission.

57. The Court will inform both the applicant and the other respondent about the invitation or the request, and set a short time limit for comments.

58. In the event of a request for a change of status made by a respondent, the Court will decide whether to make the change of status, having considered the reasons stated in the request, as well as any submissions by the applicant and the other respondent. The Court will inform the parties to the case of its decision. When taking such a decision, the Court will limit itself to assessing whether the reasons stated by the High Contracting Party (or Parties) making the request are plausible in the light of the criteria set out in Article 3, paragraph 2 or 3, as appropriate, of the Accession Agreement, without prejudice to its assessment of the merits of the case.

*Termination of the co-respondent mechanism*

59. The Court may, at any stage of the proceedings, decide to terminate the participation of the co-respondent, particularly if it should receive a joint representation by the respondent and the co-respondent that the criteria for becoming a co-respondent are not (or no longer) met. In the absence of any such decision, the respondent and the co-respondent continue to participate jointly in the case until the proceedings end.

*Friendly settlements*

60. Both the respondent and the co-respondent will need to agree to

a friendly settlement under Article 39 of the Convention.

*Unilateral declarations*

61. Both the respondent and the co-respondent will need to agree to make a unilateral declaration of a violation for which they are both responsible.

*Effects of the co-respondent mechanism*

62. As noted above, it is a special feature of the EU legal system that acts adopted by its institutions may be implemented by its member States and, conversely, that provisions of the EU founding treaties established by its member States may be implemented by institutions, bodies, offices or agencies of the EU. Therefore, the respondent and the co-respondent(s) are normally held jointly responsible for any alleged violation in respect of which a High Contracting Party has become a co-respondent. The Court may, however, hold only the respondent or the co-respondent(s) responsible for a given violation on the basis of the reasons given by the respondent and the co-respondent, and having sought the views of the applicant. Apportioning responsibility separately to the respondent and the co-respondent(s) on any other basis would entail the risk that the Court would assess the distribution of competences between the EU and its member States. It should also be recalled that the Court in its judgments rules on whether there has been a violation of the Convention and not on the validity of an act of a High Contracting Party or of the legal provisions underlying the act or omission that was the subject of the complaint.

*Referral to the Grand Chamber*

63. Any Party may request the referral of a case to the Grand Chamber under Article 43 of the Convention; the respondent or co-respondent could therefore make such a request without the agreement of the other. Internal EU rules may, however, set out the conditions for such a request. Should a request be accepted, the Grand Chamber would re-examine the case as a whole, in respect of all alleged violations considered by the Chamber and with regard to all Parties.

*Exclusion of retroactivity*

64. Article 3, paragraph 8, of the Accession Agreement provides that

the co-respondent mechanism applies only to applications submitted to the Court from the date on which the EU accedes to the Convention (that is, the date upon which the Accession Agreement comes into force), including applications concerning acts by EU member States based on EU law adopted before the EU became a Party to the Convention.

*Prior involvement of the CJEU in cases in which the EU is a co-respondent*

65. Cases in which the EU may be a co-respondent arise from individual applications concerning acts or omissions of EU member States. The applicant will first have to exhaust domestic remedies available in the national courts of the respondent member State. These national courts may or, in certain cases, must refer a question to the CJEU for a preliminary ruling on the interpretation and/or validity of the EU act at issue (Article 267 of the TFEU).

Since the parties to the proceedings before the national courts may only suggest such a reference, this procedure cannot be considered as a legal remedy that an applicant must exhaust before making an application to the Court. However, without such a preliminary ruling, the Court would be required to adjudicate on the conformity of an EU act with human rights, without the CJEU having had the opportunity to do so, by ruling on, as the case may be, the validity of a provision of secondary law or the interpretation of a provision of primary law.

66. Even though this situation is expected to arise rarely, it was considered desirable that an internal EU procedure be put in place to ensure that the CJEU has the opportunity to assess the compatibility with the rights at issue defined in the Convention or in the protocols to which the European Union has acceded of the provision of EU law which has triggered the participation of the EU as a co-respondent. Assessing the compatibility with the Convention shall mean to rule on the validity of a legal provision contained in acts of the EU institutions, bodies, offices or agencies, or on the interpretation of a provision of the TEU, the TFEU or of any other provision having the same legal value pursuant to those instruments. Such assessment should take place before the Court decides on the merits of the application. This procedure, which is inspired by the principle of subsidiarity, only applies in cases in which the EU has the status of a co-respondent. It is understood that the parties involved – including the applicant, who will be given the possibility to obtain legal aid – will have the opportunity

to make observations in the procedure before the CJEU.

67. The CJEU will not assess the act or omission complained of by the applicant, but the EU legal basis for it.

68. The prior involvement of the CJEU will not affect the powers and jurisdiction of the Court. The assessment of the CJEU will not bind the Court.

69. The examination of the merits of the application by the Court should not resume before the parties and any third party interveners have had the opportunity to assess properly the consequences of the ruling of the CJEU. In order not to delay unduly the proceedings before the Court, the EU shall ensure that the ruling is delivered quickly. In this regard, it is noted that an accelerated procedure before the CJEU already exists and that the CJEU has been able to give rulings under that procedure within six to eight months.

#### ARTICLE 4 – INTER-PARTY CASES

70. Once the EU is a Party to the Convention, all States Parties to the Convention will be able to bring a case against the EU and vice versa under Article 33 of the Convention.

71. The term “High Contracting Party” is used in the text of Article 33 of the Convention. Changing the heading to “Inter-Party cases” makes that heading correspond to the substance of Article 33 after the EU’s accession. For the sake of consistency, the reference to “inter-state applications” in Article 29, paragraph 2, of the Convention is likewise adjusted.

72. An issue not governed by the Accession Agreement is whether EU law permits inter-Party applications to the Court involving issues of EU law between EU member States, or between the EU and one of its member States. In particular, Article 344 of the TFEU (to which Article 3 of Protocol No. 8 to the Treaty of Lisbon refers) states that EU member States “undertake not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties to any method of settlement other than those provided for therein”.

## ARTICLE 5 – INTERPRETATION OF ARTICLES 35 AND 55 OF THE CONVENTION

73. This provision clarifies that, as a necessary consequence of the EU accession to the Convention, proceedings before the CJEU (currently consisting of the Court of Justice, the General Court and the Civil Service Tribunal) shall not be understood as constituting procedures of international investigation or settlement, submission to which would make an application inadmissible under Article 35, paragraph 2.b, of the Convention. In this respect, it should also be noted that in the judgment in the case of *Karoussiotis v. Portugal* (No. 23205/08 of 1 February 2011) the Court specified that proceedings before the European Commission pursuant to Article 258 of the TFEU shall not be understood as constituting procedures of international investigation or settlement pursuant to Article 35, paragraph 2.b, of the Convention.

74. As regards Article 55 of the Convention, which excludes other means of dispute settlement concerning the interpretation or application of the Convention, it is the understanding of the Parties that, with respect to EU member States, proceedings before the CJEU do not constitute a “means of dispute settlement” within the meaning of Article 55 of the Convention. Therefore, Article 55 of the Convention does not prevent the operation of the rule set out in Article 344 of the TFEU.

## ARTICLE 6 – ELECTION OF JUDGES

75. It is agreed that a delegation of the European Parliament should be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (and its relevant bodies) whenever it exercises its functions related to the election of judges under Article 22 of the Convention. It was considered appropriate that the European Parliament should be entitled to the same number of representatives in the Parliamentary Assembly as the States entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.

76. Modalities for the participation of the European Parliament in the work of the Parliamentary Assembly and its relevant bodies will be defined by the Parliamentary Assembly in co-operation with the European Parliament. These modalities will be reflected in the Parliamentary Assembly’s internal

rules. Discussions between the Parliamentary Assembly and the European Parliament to that effect already took place during the drafting of the Accession Agreement. It is also understood that internal EU rules will define the modalities for the selection of the list of candidates in respect of the EU to be submitted to the Parliamentary Assembly.

77. It is not necessary to amend the Convention in order to allow for the election of a judge in respect of the EU since Article 22 provides that a judge shall be elected with respect to each High Contracting Party. As laid down in Article 21, paragraphs 2 and 3, of the Convention, the judges of the Court are independent and act in their individual capacity. The judge elected in respect of the EU shall participate equally with the other judges in the work of the Court and have the same status and duties.

ARTICLE 7 – PARTICIPATION OF THE EUROPEAN UNION IN THE MEETINGS OF THE COMMITTEE OF MINISTERS OF THE COUNCIL OF EUROPE

*Participation as regards functions explicitly foreseen in the Convention*

78. The Convention explicitly confers a number of functions upon the Committee of Ministers of the Council of Europe, the main one being the supervision of the execution of the Court's judgments under Article 46 of the Convention and of the terms of friendly settlements under Article 39 of the Convention. The Committee of Ministers is also entitled to request advisory opinions from the Court on certain legal questions concerning the interpretation of the Convention and the protocols (Article 47 of the Convention) and to reduce, at the request of the plenary Court, the number of judges of the Chambers (Article 26, paragraph 2, of the Convention). Upon accession, the EU shall be entitled to participate in the Committee of Ministers' meetings, with the right to vote, when the latter takes decisions under these provisions. As all other High Contracting Parties, it shall have one vote.

79. To date, the Convention does not contain specific provisions regarding the adoption of protocols. Following the EU's accession to the Convention, it is consistent with the principles underlying the Accession Agreement and with the principles of the Vienna Convention on the Law of Treaties (in particular Article 39<sup>12</sup>) to ensure that the EU can participate on an equal footing with the other High Contracting Parties in the

---

<sup>12</sup> Pursuant to Article 39: "A treaty may be amended by agreement between the parties (...)".

adoption of Committee of Ministers decisions relating to the adoption of protocols. In order to allow such participation of the EU, the Accession Agreement will add a new paragraph to Article 54 of the Convention (where it is stated that the Convention shall not prejudice the statutory powers of the Committee of Ministers), providing an explicit legal basis in the Convention for the Committee of Ministers' power to adopt protocols to the Convention. A reference to this new paragraph of Article 54 appears in Article 7, paragraph 2, of the Accession Agreement entitling the EU to participate in the Committee of Ministers, with the right to vote, when the latter takes decisions under specific provisions of the Convention. This provision will constitute a *lex specialis* in respect of the Statute of the Council of Europe, and in particular in respect of Article 15.a thereof. This is an exceptional provision derived from the particular circumstances of the accession of the EU to this Convention and the exceptional character of its participation. Therefore, these arrangements do not constitute a precedent for other Council of Europe conventions.

*Participation as regards functions not explicitly foreseen in the Convention*

80. The Convention does not deal with the adoption of a number of other legal instruments and texts, such as recommendations, resolutions and declarations, which are directly related to the functions exercised by virtue of the Convention by the Committee of Ministers<sup>13</sup> or the Parliamentary Assembly of the Council of Europe. Such legal instruments and texts may be addressed, for example, to the member States of the Council of Europe in their capacity of High Contracting Parties to the Convention, to the Committee of Ministers itself<sup>14</sup>, to the Court<sup>15</sup> or, where appropriate, to other relevant bodies<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> For instance, the Committee of Ministers has adopted specific rules for the exercise of its functions regarding the supervision of the execution of judgments under Article 46, paragraph 2, of the Convention.

<sup>14</sup> See, for instance, Resolution CM/Res(2010)26 on the establishment of an advisory panel of experts on candidates for election as judge to the European Court of Human Rights, which entrusts the Committee of Ministers with the task of appointing the members of the Advisory Panel.

<sup>15</sup> See, for instance, Resolution Res(2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem.

<sup>16</sup> In accordance with the decisions adopted by the Ministers' Deputies at their 579th meeting, on 3 December 1996, the representative of the EU to the Council of Europe participates in the meetings of the Ministers' Deputies and in the meetings of all subsidiary groups.

81. After accession, the EU will be consulted within the Committee of Ministers<sup>16</sup> before the adoption of instruments or texts mentioned in Article 7, paragraph 3, of the Accession Agreement. The consultation will be limited to those instruments or texts that directly concern the functioning of the Convention system, for instance in terms of procedures before the Court, and the Committee of Ministers, as well as of procedures for the implementation of the Convention at domestic level. The latter include the domestic procedures of selection of candidates for election of judges by the Parliamentary Assembly in accordance with Article 22 of the Convention. The consultation will not extend to the adoption of other instruments or texts based on the Convention or the Court's case law, or inspired by them, aiming more generally at defining common principles in the development, promotion and protection of human rights. The expression "within the Committee of Ministers" indicates that a consultation of the EU will take place after the transmission of a draft instrument or text to the Committee of Ministers following its preparation by the competent subordinate body of the Council of Europe. The Committee of Ministers is required to take due account of the position that the EU may express, it being understood that it will not be bound by such position. Should the EU not express a position, the Committee of Ministers will proceed to the adoption of the instrument or text. This principle is set out in Article 7, paragraph 3, of the Accession Agreement.

*Participation as regards the supervision of judgments and friendly settlements*

82. Under EU law, the EU and its member States under certain circumstances are obliged to act in a co-ordinated manner when expressing positions and voting. Therefore it is considered necessary to make specific provisions for the participation of the EU in the Committee of Ministers' supervision process under Articles 39 and 46 of the Convention. Appropriate guarantees are required to ensure that the combined votes of the EU and its member States will not prejudice the effective exercise by the Committee of Ministers of its supervisory functions under Articles 39 and 46 of the Convention. A general obligation to that effect appears in Article 7, paragraph 4, which also contains a number of specific provisions.

83. The introduction of these specific provisions should not be seen as a departure from the established practice that decisions in the Committee of Ministers are adopted by consensus, with formal votes only exceptionally being taken.

*Supervision of obligations in cases where the EU is respondent or co-respondent*

84. In the context of the supervision of the fulfilment of obligations either by the EU alone, or by the EU and one or more of its member States jointly (that is, arising from cases to which the EU has been respondent or co-respondent), it derives from the EU treaties that the EU and its member States are obliged to express positions and to vote in a co-ordinated manner. In order to ensure that such co-ordination will not prejudice the effective exercise of supervisory functions by the Committee of Ministers, it was considered necessary to introduce special voting rules. They will appear in a new rule to be included in the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements<sup>17</sup>. The new voting rules will apply to all decisions in respect of obligations upon the EU alone or upon the EU and one or more of its member States jointly. As regards obligations upon only a member State of the EU, normal voting rules will continue to apply. The EU and its member States will fully participate in discussions leading to the adoption of decisions.

85. The specific rule applicable to decisions by the Committee of Ministers under Rule 17 (Final resolutions) of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases to which the EU is a party appears under paragraph 1 of the new rule. In the case of the adoption of final resolutions, it must be ensured that the decision has sufficient support from all High Contracting Parties, be they members of the EU or not. Therefore, instead of the majority set out in Article 20.d of the Statute of the Council of Europe<sup>18</sup>, a majority of four fifths of the representatives casting a vote and a majority of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee are required for the adoption of final resolutions. In a system with 48 High Contracting Parties, this means that at least 32 votes would be required, but according to the number of members actually casting a vote the number of votes required for the adoption of a final resolution may vary between 32 and 39.

---

<sup>17</sup> Adopted by the Committee of Ministers at the 964th meeting of the Deputies, on 10 May 2006.

<sup>18</sup> Pursuant to which: "All other resolutions of the Committee ... require a two-thirds majority of the representatives casting a vote and of a majority of the representatives entitled to sit on the Committee."

86. The specific rule applicable to decisions by the Committee of Ministers under Rules 10 (Referral to the Court for interpretation of a judgment) and 11 (Infringement proceedings) of the Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements in cases in which the EU is a party appears under paragraph 2 of the new rule. It is based on the principle that in order to preserve the integrity of the system, it should be possible in all circumstances, including in the event of a contrary position by the EU and its member States, to adopt decisions under Rules 10 and 11 in cases involving the EU. The solution proposed is that a relatively high “hyper-minority” of one quarter of the members entitled to sit on the Committee of Ministers shall be required to consider as adopted a decision under such rules. In a system with 48 High Contracting Parties, this means that 12 votes would be required to consider such decisions as adopted.

87. A specific rule has also been set out in paragraph 3 to avoid that the use of block votes may paralyse the ordinary functioning of the supervision mechanism. It should apply in particular to decisions on procedural issues and to decisions requesting information. The expression “decisions on procedural issues” shall be interpreted as encompassing all kinds of procedural decisions, including obviously the adoption of agendas and reports, but also – for instance – requests for confidentiality and decisions on whether a case should undergo “enhanced” or “standard” supervision. The expression “decisions requesting information” shall be interpreted as encompassing all requests for information which are addressed to a High Contracting Party in order to assess the state of execution of a judgment or of the terms of a friendly settlement, including action plans and action reports, where no position is taken on compliance by that High Contracting Party with the obligation under Article 46, paragraph 1, of the Convention. This rule is based on the same approach set out in the preceding paragraph.

However, in so far as the majority required for the adoption of decisions under Article 46, paragraphs 3 and 4, of the Convention, as reflected in Rules 10 and 11, is higher than the majority required by the Statute of the Council of Europe for other decisions relevant for the exercise of functions under the Convention, the rule in paragraph 3 requires a lower “hyper-minority” than in paragraph 2. Therefore, decisions under paragraph 3 shall be considered as adopted if one fifth of the representatives entitled to sit on the Committee is in favour of it. In a system with 48 High Contracting Parties, it means that 10 votes would be required to consider

such decisions as adopted.

88. The “hyper-minorities” set out in paragraphs 2 and 3 for the adoption of decisions are based on the principle that, provided a certain number of the representatives entitled to sit on the Committee of Ministers are in favour of it (for instance, by an indicative vote), it shall be considered as adopted, without a formal vote and without referring to the majorities set out in the Convention and in the Statute of the Council of Europe. This procedure would be consistent with other procedures already in place in the Council of Europe, whereby delegations do not request the application of the voting rule prescribed by the Statute of the Council of Europe to block the adoption of a decision if it appears that a lower majority than the one prescribed in the Statute is attained<sup>19</sup>.

89. In the absence of specific provisions in the new rule, the majority rule set out in Article 20.d of the Statute of the Council of Europe applies to all other types of decisions, including the adoption of interim resolutions and of any other decisions expressing a position on compliance by the EU with the obligation under Article 46, paragraph 1, of the Convention. The EU could, by using its block of votes, impede the adoption of such interim resolutions and decisions.

However, it was considered by the negotiating parties that it was politically highly unlikely that the EU would use the block of votes to this effect. In the current practice such interim resolutions and decisions are normally adopted by consensus. Moreover, the effective exercise by the Committee of Ministers of its supervisory functions will nevertheless be ensured. In fact, pursuant to paragraph 2 of the new rule, the adoption of decisions requesting second referral for infringement to the Court has been considerably facilitated by reducing the threshold required from two thirds to one fourth of the representatives entitled to sit on the Committee of Ministers.

90. These rules do not form part of the Accession Agreement, but will be submitted to the Committee of Ministers for adoption. They may therefore be amended if necessary at a later stage by the Committee of Ministers, with the consensus of all the High Contracting Parties, without requiring a revision of the Accession Agreement or the Convention.

---

<sup>19</sup> See, for instance, the decision taken at the 519bis meeting of the Ministers’ Deputies (4 November 1994) – Item 2.2, paragraph C.

*Supervision of obligations in cases against High Contracting Parties other than the EU*

91. In the context of the supervision of the fulfilment of obligations under the Convention by one or more of the member States of the EU, the latter is precluded under the EU treaties, either for lack of competence in the area to which the case relates or as a result of the prohibition on circumventing internal procedures, from expressing a position or exercising its right to vote. In such circumstances, the EU member States have no obligation under the EU treaties to act in a co-ordinated manner, and therefore they can each express their own position and vote.

92. In the context of the supervision of the fulfilment of obligations under the Convention by a State which is not a member of the EU, the EU and its member States have no obligation under the EU treaties to express a position or vote in a co-ordinated manner. The EU member States can therefore each express their own position and vote, also where the EU expresses a position or exercises its right to vote.

ARTICLE 8 – PARTICIPATION OF THE EUROPEAN UNION IN THE EXPENDITURE RELATED TO THE CONVENTION

93. According to Article 50 of the Convention, the expenditure on the Court shall be borne by the Council of Europe. After its accession to the Convention, the EU should contribute to the expenditure of the entire Convention system alongside and in addition to the other High Contracting Parties. This contribution is obligatory. It is noted that under the current system the amount of the contribution of each High Contracting Party is not linked to the Court's workload in respect of that Party, but is based on the method of calculating the scales of member States' contributions to Council of Europe budgets established by the Committee of Ministers in 1994, in its Resolution Res(94)31. The contribution would be regulated, as any other obligatory contribution, by Article 10 of the Financial Regulations of the Council of Europe, which sets out the conditions and the procedure for the payment of obligatory contributions<sup>20</sup>, and which would apply mutatis mutandis to the EU contribution.

<sup>20</sup> *Financial Regulations*, Article 10:

“Each member State shall pay at least one third of its obligatory contribution in the course of the first two months of the year.

It is also recalled that the budgets of the Court and of the other entities involved in the functioning of the Convention system are part of the Ordinary Budget of the Council of Europe, and that the contribution of the EU would be clearly and exclusively dedicated to the financing of the Convention system. For this reason, the contribution should be affected to a subsidiary budget.

94. The participation of the EU in the expenditure related to the Convention system would not require any amendment to the Convention. However, the calculation method of the EU contribution needs to be defined in the Accession Agreement, which would provide the legal basis in this respect. The proposed method aims at being as simple and stable as possible and, as such, does not require the participation of the EU in the budgetary procedure of the Council of Europe, without prejudice to the application of the pertinent provisions (see above).

95. The relevant expenditure taken into account is that directly related to the Convention, namely: the expenditure on the Court and on the process of supervision of the execution of its judgments and decisions, as well as on the Parliamentary Assembly, the Committee of Ministers and the Secretary General of the Council of Europe when they exercise functions under the Convention. In addition, administrative overhead costs related to the Convention system are considered (building, logistics, IT, etc.) as requiring an increase of the above expenditure by 15%. The total amount is then compared to the total amount of the Ordinary Budget of the Council of Europe (including the employer's contributions to pensions), in order to identify the relative weight, in percentage, of

---

The balance of the contribution due shall be payable before the end of the period of six months referred to in Article 39 of the Statute.

The Committee of Ministers shall be notified of the list of member States whose contributions have not been paid in accordance with the above provisions.

Member States that have not paid their entire contribution before the end of the period of six months referred to in Article 39 of the Statute shall be required to pay simple monthly interest of 0.5% on amounts remaining unpaid on the first day of each of the following six months, and 1% on amounts remaining unpaid on the first day of each month thereafter. The receipts account shall be credited with the amounts of contributions called. If a contribution remains unpaid in whole or in part at the end of the financial year, the unpaid amount shall remain recorded in a debtors account.

The Committee of Ministers shall be informed of the situation regarding unpaid contributions in accordance with a timetable that it shall determine and, in any case, on the presentation of the annual accounts.”

such expenditure. On the basis of the relevant figures in the period 2009-2013, this percentage is fixed in paragraph 1 of Article 8 of the Accession Agreement at 34%. The EU contribution, which is affected to a subsidiary budget, is not taken into account for the purpose of this calculation.

96. As to the rate of contribution of the EU to the relevant expenditure, it is agreed that it shall be identical to that of the State(s) providing the highest contribution to the Ordinary Budget of the Council of Europe for the year, pursuant to the method of calculating the scales of member States' contributions to Council of Europe budgets established by the Committee of Ministers in 1994. Accordingly, the amount of the contribution of the EU for each year shall be equal to 34% of the highest amount contributed in the previous year by a State to the Ordinary Budget of the Council of Europe (including employer's contribution to pensions)<sup>21</sup>.

97. In order to ensure the stability of the calculation method proposed, a safeguard clause is added in paragraph 2 of Article 8 of the Accession Agreement to the effect that, if the actual relative weight of the expenditure related to the Convention system within the Ordinary Budget varies substantially, the percentage indicated in paragraph 1 of Article 8 (currently 34%) shall be adapted by agreement between the EU and the Council of Europe. Such adaptation is triggered when, in each of two consecutive years, the difference between the percentage calculated based on real figures and the percentage in paragraph 1 of Article 8 is more than 2.5 percentage points (that is, if the real figure is below 31.5%, or above 36.5%). This mechanism shall obviously apply also to any new percentage resulting from subsequent agreements between the EU and the Council of Europe.

98. In addition, in order to avoid any possible unintended effects of the safeguard clause and in particular to avoid the EU's accession resulting in a reduction in the resources available to the Convention system in comparison with before its accession, it is foreseen that no account shall be taken of a change in the percentage indicated in paragraph 1 of Article 8 (34%) that

---

<sup>21</sup> As an example, for the year 2011 the Ordinary Budget, recalculated to include the employer's contributions to pensions, amounted to €235.4 million. The expenditure dedicated within the Ordinary Budget to the functioning of the Convention (including 15% of overhead costs) amounted to €79.8 million, which corresponds to 33.9%. The highest amount contributed by any State in the previous year (2010) to the Ordinary Budget of the Council of Europe corresponded to 11.7% of the budget. This percentage, applied to the amount of €79.8 million, would provide a contribution of €9.34 million.

results from a decrease in absolute terms of the amount dedicated within the Ordinary Budget to the functioning of the Convention as compared to the year preceding that in which the EU becomes a Party to the Convention. In case of major changes in the equilibrium set out in the Agreement, the revision mechanism set out would apply in order to preserve the relative level of the contribution.

99. The technical and practical arrangements for the implementation of the provisions set out in the Accession Agreement will be determined in detail by the Council of Europe and the EU.

#### ARTICLE 9 – RELATIONS WITH OTHER AGREEMENTS

100. A number of other Council of Europe conventions and agreements are strictly linked to the Convention system, even though they are self-standing treaties. For this reason it is necessary to ensure that the EU, as a Party to the Convention, respects the relevant provisions of such instruments and is, for the purpose of their application, treated as if it were a party to them. This is the case, in particular, for the European Agreement relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights (ETS No. 161), and for the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe (ETS No. 162), which sets up the privileges and immunities granted to the judges of the Court during the discharge of their duties. In addition, in its accession to the Convention, the EU should also undertake to respect the privileges and immunities of other persons involved in the functioning of the Convention system, such as the staff of the Registry of the Court, members of the Parliamentary Assembly and representatives in the Committee of Ministers; these are covered by the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe (ETS No. 2) and its Protocol (ETS No. 10).

101. The accession of the EU to such instruments and their amendment would require a cumbersome procedure. Moreover, the system of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe is only open to member States of the Council of Europe.

Therefore, the Accession Agreement imposes an obligation on the EU, as a Contracting Party to the Convention, to respect the relevant provisions of these instruments, and a further obligation on other Contracting Parties to treat the EU as if it were a party to these instruments. These provisions are

accompanied by other operative provisions about the duty to consult the EU when these instruments are amended, and about the duty of the Secretary General, as depositary of these instruments, to notify the EU of relevant events occurring in the life of these instruments (such as any signature, ratification, acceptance, approval or accession, the entry into force with respect to a Party<sup>22</sup> and any other act, notification or communication relating to them).

#### ARTICLE 10 – SIGNATURE AND ENTRY INTO FORCE

102. This article is one of the usual final clauses included in treaties prepared within the Council of Europe. It has been amended to provide that the Agreement should be open only to the High Contracting Parties to the Convention at the date of its opening for signature and to the EU.

103. Should any State become a member of the Council of Europe, and consequently a High Contracting Party to the Convention, between the opening for signature of this Accession Agreement and the date of its entry into force, that State will be required as part of its commitments for the accession to the Council of Europe to give an unequivocal binding statement of its acceptance of the provisions of this Agreement. The Committee of Ministers' resolution inviting that State to become a member of the Council of Europe shall contain a condition to that effect.

104. Should any State become a member of the Council of Europe and a High Contracting Party to the Convention after the entry into force of this Agreement, it will be bound by those provisions of the Agreement which have legal effects beyond the mere amendment of the Convention; this is ensured by the new Article 59, paragraph 2.b, of the Convention, which creates an explicit link between the Convention and the Accession Agreement.

---

<sup>22</sup> In accordance with the relevant provisions of each agreement or protocol, that is, Articles 8 and 9 of the European Agreement relating to Persons Participating in Proceedings of the European Court of Human Rights, Article 22 of the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe, Article 7 of the Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe and Articles 8 and 9 of the Sixth Protocol to the General Agreement on Privileges and Immunities of the Council of Europe.

ARTICLE 11 – RESERVATIONS

105. It is agreed that no reservations to the Agreement itself shall be allowed. This is without prejudice to the possibility for the EU to make reservations to the Convention, as provided for by Article 2.

ARTICLE 12 – NOTIFICATIONS

106. This article is one of the usual final clauses included in treaties prepared within the Council of Europe.

Al consolidamento delle istituzioni e degli strumenti di cooperazione internazionale nel campo della tutela dei diritti umani si è accompagnato un ampio dibattito sui vincoli imposti alla sovranità degli Stati, del quale sono protagoniste le istanze giurisdizionali create nel contesto delle Convenzioni internazionali e le Corti costituzionali. Il presente volume offre i risultati di una riflessione condotta da giuristi di diversa formazione, che dà atto di una sostanziale convergenza della giurisprudenza internazionale e interna nella interpretazione delle norme sui diritti umani, anche se in diverse pronunce delle Corti costituzionali viene ribadito il principio della preminenza della Costituzione e dell'identità nazionale sugli obblighi derivanti dalle Convenzioni.

Con riferimento al contesto europeo, numerose relazioni si soffermano sul ruolo della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'assicurare la tutela dei diritti dell'uomo, operando un confronto rispetto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e auspicando un migliore coordinamento a livello istituzionale. Un importante progresso in questa direzione si potrà realizzare con l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, alla quale è finalizzato il Progetto di accordo tra Unione europea e Consiglio d'Europa riprodotto in *Appendice*.

Contributi di: *Giandonato Caggiano, Claudia Morviducci, Alfonso Celotto, Roberto Cippitani, Paolo Carnevale, Giovanna Pistorio, Rainer Arnold, Marco Ruotolo, Elettra Ferri, Giovanni Serges, Antonietta Di Blase, Edgardo López Herrera, Guido Corso.*