



CoCoA Working Papers

**L'IMPATTO SISTEMICO DELLA PROTEZIONE EUROPEA E INTERAMERICANA  
DEI DIRITTI FONDAMENTALI: LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE  
EUROPEA QUALE FATTORE DI ASIMMETRIA FRA LA CORTE EUROPEA E LA  
CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO**

Roberto Toniatti  
(Professore di diritto costituzionale comparato, Università di Trento)

**ISBN 978-88-8443-746-4**

**ISSN 2532-3520**

# **L'impatto sistemico della protezione europea e interamericana dei diritti fondamentali: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea quale fattore di asimmetria fra la Corte Europea e la Corte Interamericana dei diritti dell'uomo\***

di Roberto Toniatti\*

*SOMMARIO: 1. Introduzione: lo spazio costituzionale metastatale per la garanzia dei diritti fondamentali.- 2. La portata innovativa della giurisdizione internazionale regionale per la tutela dei diritti fondamentali.- 2.1 Il valore determinante della giurisprudenza.- 2.2 Gli sviluppi: il controllo diffuso di convenzionalità e la procedura dei pilot judgements.- 3. L'ordinamento sovranazionale europeo.- 3.1 Il primato del diritto sovranazionale.- 3.2 Il dialogo fra giudici e la costruzione del sistema sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali.- 4. Conclusioni.*

## **1. Introduzione: lo spazio costituzionale metastatale per la garanzia dei diritti fondamentali.**

Il sostantivo «impatto» non è di frequente applicazione nel linguaggio della scienza giuridica, se non, più di recente, in conseguenza del consolidamento dell'inglese come lingua franca anche nella produzione scientifica dell'Europa continentale e, pertanto, come sintomo di un fenomeno di conformismo linguistico che ne favorisce una non raccomandabile posizione dominante.

Nondimeno, tenuto conto del fatto che comunque il sostantivo esiste almeno anche nelle lingue latine, occorre riconoscere al termine «impatto» una capacità espressiva più ampia ed efficace rispetto al più generico “influenza”, al più diffuso “conseguenza”, al più mite «riflesso» ovvero al più tecnico “effetto”, tenuto conto, in particolare, che il termine *de quo* appare semanticamente polivalente e, oltre a potersi riferire all'effetto tipico di un atto o fatto giuridico, si rivela idoneo a farsi carico anche di conseguenze che vanno al di là dei soli effetti giuridici, sino a ricomprendere, ad esempio, riflessi di natura più vasta o più articolati sul piano sistemico, ovvero sulla cultura giuridica sottostante, ovvero ancora sul funzionamento dell'assetto istituzionale, senza escludere,

---

\* Il testo è una rielaborazione dell'intervento svolto al Seminario “*El impacto de las sentencias del Tribunal europeo y la Corte interamericana: hacia una globalización de los derechos*” - *En homenaje a Pablo Santolaya*, Palacio de los Infantes (El Escorial), 4 e 5 aprile 2016.

\* Professore di diritto costituzionale comparato, Università di Trento (roberto.toniatti@unitn.it).

inoltre, l'accentuazione sul modo forte, incisivo, d'urto, quasi traumatico – almeno rispetto al quadro consolidato della dogmatica giuspubblicistica – nel quale influenze, conseguenze, riflessi ed effetti si palesano.

Proprio in ragione del suo peculiare potenziale comunicativo, l'uso del termine e del concetto di «impatto» si conferma essere particolarmente appropriato ad esprimere adeguatamente il complesso delle conseguenze prodotte dalle sentenze dei due tribunali internazionali dei diritti dell'uomo, quello europeo di Strasburgo e quello interamericano di San José: se, infatti, è in primo luogo innegabile che tali sentenze producano effetti *inter partes*, circoscritti dunque alle parti processuali (per lo più, un individuo e uno stato), sarebbe tuttavia un eccesso di miope formalismo non riconoscere che a tali effetti – pur significativi sul piano del godimento dei diritti fondamentali dell'individuo – si accompagna un «impatto» ben più consistente, anche in ragione dei fattori *quantità* e *qualità* nonché del protrarsi nel *tempo* della realtà giuridica che essi esprimono. Il senso dell'uso del termine *de quo*, dunque, si identifica proprio in rapporto all'analisi del fenomeno giuridico complessivo, rispetto al quale un singolo atto – nella fattispecie, in prevalenza, una sentenza – rappresenta una componente significativa ma non esaustiva del fenomeno stesso.

La Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU, Roma, 1950) e la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CIDU, San José, 1969) hanno infatti posto in essere una dinamica che ha contribuito in modo determinante alla configurazione di uno *spazio costituzionale metastatuale* – rispettivamente, *europeo* e *interamericano* – *dei diritti dell'uomo* che è venuto oramai a rappresentare la condizione fisiologica nella quale oggi non potrebbe non inquadrarsi correttamente il tema del riconoscimento e della tutela dei diritti fondamentali.

Lo spazio costituzionale cui si fa riferimento non è, di per sé, un ordinamento giuridico, benché ciascuno dei due trattati abbia posto in essere un ordinamento giuridico di diritto internazionale particolare su base regionale ben riconoscibile, in quanto rappresenta un *contesto reale benché non formalizzato* nel quale si proietta ed interagisce il *pluralismo costituzionale* – quale manifestazione della coesistenza e complementarietà di una pluralità di fonti di natura costituzionale in tema di diritti fondamentali – e nel quale la problematica applicazione di un criterio regolatore

dell'assetto plurale delle fonti di natura gerarchica esige la prassi della gestione di conflitti fra ordinamenti attraverso strumenti innovativi ed informali quale, *in primis*, il *dialogo giudiziario* volto, ad un tempo, ad escludere tanto l'incompatibilità sistemica fra le norme quanto anche l'imposizione di una loro generale uniformità (riconoscendo, ad esempio, nel contesto europeo, un *marginale nazionale di apprezzamento variabile* anche *ratione materiae*).

Lo spazio giuridico del quale ci occupiamo non è, dunque, un sistema fondato su un suo proprio principio ordinatore ma è, nondimeno, un sistema in quanto ciascuno dei due spazi indicati esprime una unità eterogenea nel cui ambito esiste ed interagisce una pluralità di componenti di varia natura aggregati in ragione di una finalità unitaria – la definizione e la tutela dei diritti fondamentali su base metastatuale – al cui interno la giurisdizione (intesa in senso soggettivo come organo giurisdizionale ma anche in senso oggettivo come funzione giurisdizionale) svolge un ruolo primario. Un «sistema non sistematico», pertanto, se all'aggettivo sistematico si conferisce – come i giuristi solitamente fanno – il significato di sinonimo di “ordinato”, bensì dotato di caratteri sistemici, ossia afferenti l'insieme unitario della pluralità degli aggregati.

Lo stesso concetto di *spazio costituzionale metastatuale* corrisponde ad una nozione residuale e non esprime in realtà che un fenomeno giuridico la cui effettività risulta concretamente ben verificabile sul piano storico ma non certamente una categoria formale agevolmente riconoscibile dalla dogmatica giuspubblicistica consolidata. In altre parole, la realtà del fenomeno giuridico non è stata (ancora) razionalizzata in termini scientifici riconosciuti ma di certo non per questo può venire irrealisticamente negata; essa, al contrario, oltre a richiedere di essere percepita, analizzata, adeguatamente descritta e criticamente spiegata, sollecita anzi la dottrina a farsi carico di una sua costruzione sistematica.

Ricordiamo anche – a conferma dell'innovatività dei fenomeni pregiuridici e giuridici considerati – che la dinamica della quale ci occupiamo in questa sede nel contesto tematico dei diritti fondamentali si configura anche in una pluralità di altri contesti materiali, sicché occorre precisare come in realtà occorra riferirsi ad una nozione più vasta di *spazio giuridico metastatuale* (europeo e americano) con riguardo pressoché a tutte le sfere private e pubbliche disciplinate dal diritto.

Il pluralismo costituzionale del quale si tratta in questa sede è dunque di natura materiale – con riguardo all’area dei diritti fondamentali – e fa riferimento alle fonti di diritto internazionale menzionate ma anche, evidentemente, alle fonti costituzionali interne degli stati partecipanti a tale dinamica innovativa. Inoltre, in virtù del ruolo cruciale di massimi ed esclusivi interpreti delle fonti costituzionali del rispettivo ordinamento, nell’ambito della nozione di pluralismo costituzionale, accanto ai testi di diritto positivo, non potrebbe non riconoscersi il contributo determinante della giurisprudenza delle corti supreme e costituzionali degli stati così come della Corte Europea e della Corte Interamericana. Il testo del preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea è esemplare nel precisare 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”.

Anche nel contesto della CIDU si fa riferimento ad un sistema interamericano di protezione dei diritti dell’uomo che va al di là della Carta: sistema articolato che, senza essere di per sé un ordinamento giuridico, rappresenta però uno spazio di interazione di ordinamenti giuridici di diritto interno e di diritto internazionale, nel quale il ruolo di “regia” del sistema si riconduce al dialogo giudiziario.

Lo spazio costituzionale europeo non vive, dunque, di vita propria ma è alimentato dagli stati, sia, per un verso, in quanto sono gli stati a generare i casi che vengono poi risolti – nel senso del riconoscimento della violazione della rispettiva Convenzione e quindi della condanna ovvero di una dichiarazione di mancata violazione -, sia, per altro verso, in virtù del sostegno e dell’adesione al complesso del disegno innovativo qui ricostruito.

Un indicatore sintomatico dello *zeitgeist* in materia è senz’altro offerto da quelle norme costituzionali sull’interpretazione che – a partire dalla Costituzione portoghese del 1976 (art. 16.2: “2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”) e da quella spagnola del 1978 (art. 10.2: “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” per proseguire con la più recente generazione di testi costituzionali dell’Europa centrale, orientale e balcanica – prescrivono che le norme interne vengano interpretate (ed altresì, nel testo portoghese, *integrate*) con le fonti di diritto internazionale .

Il *Bundesverfassungsgericht* ha espresso in proposito, con grande efficacia, due concetti che si prestano a superare i confini dell’ordinamento federale tedesco ma anche a caratterizzare il modo di essere di tutti gli ordinamenti degli stati europei. Nel noto *Lissabon Urteil*, il Tribunale federale ha in primo luogo richiamato i due principi di *Völkerrechtsfreundlichkeit* e di *Europarechtsfreundlichkeit* (“amicizia” o apertura, rispettivamente, al diritto internazionale [219] e al diritto europeo [219] e, in secondo luogo, ha ricostruito una nozione di sovranità statale dello Stato federale tedesco nell’ordinamento internazionale – che “si congeda da un’idea autarchica e autoglorificante della condizione di Stato sovrano e torna a una visione del potere dello Stato singolo che concepisce la sovranità come *libertà ordinata e vincolata dal diritto internazionale* [...]. Essa rompe con ogni forma di machiavellismo politico e con un’idea rigida della sovranità che considerava ancora all’inizio del ventesimo secolo il diritto alla guerra – inclusa la guerra offensiva – un diritto auto-evidente dello Stato sovrano [223]” e precisa altresì come “Lo Stato non è né mito né fine in se stesso, bensì la forma di organizzazione, cresciuta storicamente e riconosciuta globalmente, di una comunità politica capace di agire” [224].

Il fenomeno analizzato in questa sede, dunque, è costituito in primo luogo dalla giurisdizione internazionale in tema di tutela dei diritti fondamentali nello scenario europeo e americano e del suo conseguente «impatto» sul più ampio contesto dell’effettività della garanzia dei diritti quali limiti all’esercizio del potere pubblico, sotto qualsiasi forma esso scelga di organizzarsi. In tale prospettiva, il *focus* dell’indagine si identifica fortemente con la tradizione giuridica occidentale – tanto di *common law* quanto di *civil law* -, ossia con quella concezione del diritto e conseguente realizzazione storica che colloca nella funzione giurisdizionale la misura dell’effettività del diritto e dei diritti. La precisazione appare necessaria in quanto né la comunità

internazionale (il riferimento è principalmente al Consiglio per i diritti dell'uomo dell'Organizzazione delle Nazioni Unite) né altri contesti geopolitici (ad esempio il mondo islamico, ovvero l'ASEAN, che pure ha attivato una commissione interministeriale di natura strettamente politica) hanno intrapreso un percorso analogo, fatta eccezione per l'Unione Africana che ha istituito la Corte africana per i diritti dell'uomo e dei popoli la cui attività, iniziata nel 2006, ancora non si presta però ad una valutazione matura.

L'accento qui da ultimo posto sulla circostanza per la quale la duplice esperienza regionale di una giurisdizione internazionale dei diritti dell'uomo e il conseguente «impatto» rappresentano un fenomeno che concerne esclusivamente gli ordinamenti europei e latino-americani in tanto in quanto la rispettiva cultura giuridica individua nella giurisdizione – garante indipendente e neutrale del primato normativo dei diritti fondamentali rispetto agli indirizzi politici di maggioranza – il baricentro della protezione dei diritti dell'uomo consente di introdurre in questo scenario un nuovo profilo, segnatamente il fenomeno dell'integrazione sovranazionale rappresentato dall'Unione Europea e dalla giurisprudenza della sua Corte di Giustizia che conferisce un ulteriore apporto alla costruzione dello spazio giuridico metastatale e, più in particolare – dello spazio costituzionale metastatale dei diritti dell'uomo. In tale prospettiva è dato registrare una significativa divergenza fra l'esperienza europea e quella interamericana che però potrebbero convergere qualora le dinamiche dell'integrazione sovranazionale dovessero svilupparsi e consolidarsi anche nello scenario sudamericano.

Nel prosieguo del lavoro, il prossimo paragrafo sarà destinato ad un approfondimento sia del contesto originario di diritto internazionale delle due Convenzioni sia della sua evoluzione nel senso dello spazio costituzionale metastatale. Nel paragrafo successivo si esaminerà il contributo specifico dell'ordinamento dell'Unione Europea, nell'ipotesi di un suo potenziale di attualità condizionato dalle sollecitazioni provenienti dalle prospettive delle dinamiche di integrazione sovranazionale in America latina.

## **2. La portata innovativa della giurisdizione internazionale regionale per la tutela dei diritti fondamentali.**

La Convenzione europea e la Convenzione interamericana rappresentano due esperienze caratterizzate entrambe da una portata prescrittiva che si è rivelata fortemente innovativa, al punto che, soprattutto nel contesto storico delle rispettive origini, l'innovazione introdotta non potesse definirsi eversiva dell'ordine giuridico e politico allora vigente solo in tanto in quanto l'avvio e la stessa configurazione del processo evolutivo siano stati posti in essere da stati sovrani quali parti contraenti dei rispettivi patti istitutivi.

Nel quadro europeo – benché la circostanza della transizione politica possa applicarsi anche ad una parte almeno degli stati latino-americani –, la disponibilità degli stati fondatori e, successivamente, degli stati che hanno aderito in due fasi più recenti (sostanzialmente, negli anni '70 del secolo scorso dopo la fine dei regimi autoritari nell'Europa meridionale e mediterranea e negli anni '90 e agli inizi del nuovo secolo per il venir meno dell'esperienza dell'Unione Sovietica e del blocco comunista nell'Europa centrale, orientale e balcanica) risulta spiegabile con l'esigenza di predisporre un sistema di garanzia collettiva della sicurezza democratica del continente al fine di evitare – per quanto possibile, sin dall'origine – la riproposizione di assetti incompatibili con la concezione dei diritti fondamentali della *Western legal tradition*. Del resto, la prevenzione precoce di sviluppi pericolosi si conferma anche alle origini della decisione europea di mettere in comune la produzione del carbone e dell'acciaio e lo sfruttamento pacifico dell'energia nucleare nonché di creare un mercato comune, con l'istituzione delle tre Comunità negli anni '50.

L'innovazione di cui si tratta si individua nell'esercizio comune, per via di un trattato internazionale, della potestà normativa di alta densità politica in materia (i) di definizione del quadro dei diritti fondamentali dei cittadini ; (ii) di predisposizione di un apparato giurisdizionale metastatale, titolare di una funzione interpretativa *esclusiva* delle norme convenzionali e abilitato a giudicare *in via definitiva* casi individuali di asserita violazione dei diritti fondamentali non solo dei cittadini ma di ogni individuo e a condannare gli stati parte degli accordi internazionali per violazione delle norme con l'indicazione dei rimedi adeguati a tal fine; (iii) di previsione dell'obbligo giuridico di dare esecuzione a tale decisione giurisdizionale e (iv) di subire una sanzione nell'ipotesi

di inadempimento anche all'obbligo di esecuzione. Si tratta, evidentemente, di un sistema aggiuntivo e complementare e non certamente sostitutivo rispetto alle fonti costituzionali ed agli apparati giurisdizionali nazionali ma con questi ultimi virtualmente competitivo.

I profili qui indicati vengono a rappresentare uno sviluppo significativo tanto nell'ambito del diritto costituzionale degli stati contraenti quanto del diritto internazionale: nella prima prospettiva, si è di fronte ad una nuova e diversa concezione non solo della potestà normativa sovrana in un'area materiale direttamente coincidente con la previsione e prescrizione della forma di stato – ossia della caratterizzazione ideologica dello stato, delle sue finalità e dei suoi rapporti con i cittadini – ma anche del principio fondante di esclusività della giurisdizione a garanzia dell'unità dell'ordinamento dello stato; per quanto concerne il diritto internazionale, l'innovazione introdotta dalle due Corti europea ed interamericana dei diritti umani esprime non solo una tendenza all'espansione del proprio ambito materiale di intervento che, nei decenni successivi, è venuta solo accentuandosi ma indica altresì una vocazione a mutuare dal diritto costituzionale interno – con gli evidenti adattamenti necessari in un contesto retto dal tradizionale principio di anarchia della società internazionale – modelli di architettura istituzionale volti a garantire l'ordine giuridico e politico internazionale nel rispettivo scenario geopolitico e un insieme di valori fondamentali condivisi, fra i quali i diritti dell'uomo, secondo modelli organizzativi e funzionali che, pur richiamandosi al quadro planetario onusiano, possano ritenersi prossimi alle proprie concezioni culturali regionali in materia.

In particolare, giova infatti sottolineare ancora una volta come l'ispirazione tratta dalla cultura giuridica posta a fondamento del diritto costituzionale interno abbia portato, in particolare, alla predisposizione di un apparato giurisdizionale metastatale, caratterizzato da quegli stessi connotati di competenza tecnica e di indipendenza, neutralità ed integrità personale dei giudici interni, dal rilievo determinante della procedura contenziosa tipica di un organo di natura giurisdizionale, nonché dall'obbligo di motivazione delle deliberazioni. La natura interstatale dell'organo, nel caso europeo – ma non in quello della Corte interamericana –, ha proposto una composizione della Corte EDU idonea a riflettere la presenza di ciascuno degli stati contraenti addirittura nella composizione collegiale dell'organo giudicante una controversia che interessi lo

stato a “titolo” del quale il giudice è stato eletto (requisito non previsto, invece, solo nella composizione dell’organo a base monocratica).

Oltre a rendere palese l’ispirazione dal diritto interno e la vocazione alla “costituzionalizzazione” selettiva del diritto internazionale regionale, la regola europea suggerisce però una lettura dell’originaria architettura strutturale e funzionale dell’organizzazione predisposta dalla CEDU e dalla CIDU assai sensibile ai caratteri propri del diritto internazionale.

In tal senso, ad esempio, nel caso europeo sono da leggere il ruolo di filtro che la Commissione era chiamata a svolgere rispetto all’intervento dell’organo giurisdizionale in senso proprio e, ancor più, il carattere facoltativo dell’accettazione (ora obbligatoria) del ricorso individuale da parte dei singoli stati contraenti, entrambi gli istituti essendo stati riformati dal Protocollo n. 11 del 1998 con conseguente attenuazione dei profili più marcatamente interstatuali del funzionamento dell’istituto; nello stesso senso, ma sul piano informale, si colloca la crescente mancata utilizzazione dello strumento del ricorso di uno stato contro un altro stato (art. 33 CEDU).

La *ratio* originaria di entrambi i sistemi, inoltre, era centrata principalmente sulla responsabilità dello stato per violazione di un’obbligazione di diritto internazionale rispetto agli altri stati contraenti, la dimensione individuale rimanendo in qualche modo sullo sfondo, quasi si potesse ritenere essere solo una circostanza occasionale per “testare” la funzionalità del sistema. In tal senso, ad esempio, è anche da leggere la facoltà di sospensione delle garanzie convenzionali che si ritrovano in entrambi i sistemi: in quello europeo, “in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte contraente può adottare delle misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in conflitto con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale” (art. 15 CEDU); mentre in quello americano si prevede che “in tempo di guerra, pericolo pubblico o altra emergenza che minaccia l’indipendenza o la sicurezza di uno Stato Parte, lo Stato può adottare misure in deroga agli obblighi assunti in forza della presente Convenzione nell’estensione e per il periodo di tempo strettamente richiesti dalle esigenze della situazione, a condizione che tali misure non siano incompatibili con i suoi ulteriori obblighi secondo il diritto internazionale e non comportino discriminazioni sulla base di razza, colore, sesso,

lingua, religione o origine sociale.” (art. 27 CIDU), la salvaguardia del principio di non discriminazione costituendo un esplicito e specifico limite ulteriore rispetto al modello europeo. Entrambi i trattati, nondimeno, prevedono la salvaguardia totale di alcuni diritti, la cui sottrazione ad ogni legittima derogabilità induce a parlare in proposito di “diritti assoluti”.

Ancora, giova sottolineare, fra gli aspetti marcatamente di diritto internazionale, la disposizione che riserva alla fonte scritta l’individuazione di diritti fondamentali non già espressamente previsti e regolati dal trattato: la riserva è particolarmente incisiva nella CIDU, dove l’art. 31 (Riconoscimento di altri diritti) – quasi provocatoriamente collocato nel Capitolo IV dedicato alla sospensione, interpretazione e applicazione pur ponendo una riserva di riforma positiva del trattato – stabilisce che “altri diritti e libertà riconosciuti in conformità con le procedure stabilite negli articoli 76 e 77 [in tema di revisione formale del testo pattizio] possono essere inseriti nel sistema di protezione della presente Convenzione.”, con esclusione, pertanto, dell’espansione della portata garantista della Convenzione per via di interpretazione giurisprudenziale. Non diverso è il tenore letterale della CEDU, il cui art. 1 (*Riconoscimento dei diritti dell’uomo*) stabilisce che: “le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione.”) *ed esprime pertanto una ratio prescrittiva formulata in positivo, benché – anche in questo caso – con una disposizione che appare privilegiare il dato positivo rispetto a dinamiche espansive di natura giurisprudenziale.*

In tale contesto, giova ricordare anche l’obbligo di motivazione che grava tanto sulla funzione giudicante (art. 45 CEDU e art. 66 CIDU) quanto su quella consultiva (art. 49 CEDU) e che non solo è coerente con la natura giurisdizionale dell’organo ma corrisponde anche tanto ad una logica interstatuale quanto ad una di garanzia dei diritti individuali.

Le norme sull’interpretazione esprimono la consolidata vocazione al primato della funzione legislativa e di indirizzo politico sulla funzione giurisdizionale tipica delle origini del costituzionalismo statale dell’800 e simbolicamente incorporata nell’istituto del *referé legislatif* della Francia rivoluzionaria: le norme si identificano con le disposizioni, il significato delle disposizioni era (doveva essere) quello corrispondente alla volontà politico-normativa del legislatore (al punto da poterne attivarne il ruolo

legislativo in sede di *interpretazione autentica delle leggi*), l'interpretazione era pertanto da impostare secondo la logica del sillogismo giudiziario ad esclusione di ogni filtro di natura valutativa e, in sintesi, il giudice non era, doveva essere e non poteva non essere che *la bouche de la loi*. E' ben noto quanto l'impostazione metodologica del positivismo giuridico abbia ceduto il passo con la più recente configurazione dello stato costituzionale di diritto – con il conseguente dovere del giudice di valutare la legittimità costituzionale delle leggi ordinarie – e, a maggior ragione, con il consolidamento della giurisdizione internazionale dei diritti dell'uomo in Europa e nel continente americano nonché di quello della giurisdizione sovranazionale nell'ambito eurounitario.

E' pertanto del tutto comprensibile che anche in tali contesti il legislatore politico – ossia gli stati – si preoccupi di dettare norme sull'interpretazione al duplice fine di preservare il metodo politico di produzione del diritto rispetto a quello giurisprudenziale (a maggior ragione in contesti di *civil law* nei quali il giudice è meno predisposto alla deferenza per le scelte legislative di quanto sia il giudice di *common law*) e di contenere l'espansione di ogni dinamica metastatale rispetto all'integrità delle soluzioni nazionali. Sicché le norme convenzionali sull'interpretazione hanno l'obiettivo (i) di predisporre una garanzia dei diritti fondamentali collocata ad un livello minimo condiviso, senza pregiudizio per una garanzia più estesa prescritta da fonti interne ovvero da altre fonti di diritto internazionale, (ii) di sottoporre i relativi limiti al principio di stretta legalità, (iii) di escludere l'abuso del diritto, ossia la destinazione dell'esercizio dei diritti convenzionali ad una finalità contraddittoria ed incompatibile con quella delle Convenzioni europea ed interamericana.

Le norme sull'interpretazione di quest'ultima, nondimeno, introducono la sottrazione all'interpretazione di alcuni contenuti che in realtà possono essere determinati esclusivamente in via interpretativa, come ci sembra essere il caso dell'art. 29 secondo il quale “nessuna disposizione di questa Convenzione dovrà essere interpretata in modo da: a) permettere ad uno Stato Parte, ad un gruppo o ad una persona di sopprimere il godimento o l'esercizio dei diritti e libertà riconosciute in questa Convenzione o di limitarle in forma più estesa di quanto essa stessa prevede; b) limitare il godimento o l'esercizio di uno dei diritti o libertà riconosciute in forza delle leggi di uno Stato Parte o di un'altra Convenzione di cui tale Stato sia parte; c) escludere altri diritti o garanzie inerenti alla persona umana o derivanti dalla democrazia rappresentativa come forma di

governo; d) escludere o limitare gli effetti giuridici che possano avere la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo e altri atti internazionali della stessa natura”.

### *2.1 Il valore determinante della giurisprudenza.*

In realtà, nonostante la significativa caratterizzazione interstatale degli istituti di origine politico-normativa sin qui richiamati, occorre ribadire che l'«impatto» metastatale già sopra indicato come corrispondente all'autentico fenomeno innovativo è da ricondurre principalmente alle sentenze delle due Corti internazionali ed alla relativa interpretazione ed applicazione *motivata* delle norme convenzionali.

E' infatti soprattutto la giurisprudenza evolutiva – esemplarmente espressa dalla formula tipica del CEDU secondo la quale “the Convention is a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions” – resa per la soluzione dei casi che si sono via via presentati ad aver contribuito alla configurazione dello spazio costituzionale metastatale dei diritti dell'uomo.

Quest'ultimo, proprio in ragione dei connotati già in precedenza anticipati, non è il prodotto esclusivo dell'attività della Corte EDU bensì si propone come il risultato dell'interazione fra le pronunce della Corte EDU e gli ordinamenti degli stati contraenti, con il contributo – adesivo o meno – sia dei rispettivi organi giurisdizionali (soprattutto ma non solo – come avremo modo di approfondire – corti supreme e costituzionali) sia anche degli organi legislativi e di indirizzo, tanto sotto forma di reazione critica quanto sotto forma di acquiescenza tacita, giuridicamente non certo irrilevante. Considerazioni analoghe possono essere fatte anche nel contesto americano.

Lo spazio costituzionale metastatale dei diritti dell'uomo esprime infatti una dinamica pluridimensionale. In primo luogo, ad esempio, occorre considerare una dinamica orizzontale che conduce gli stati a riconoscere la condivisione di valori essenziali e dunque di una significativa vocazione ad una comune ispirazione costituzionale. Il preambolo della CEDU bene esprime questa condivisione di *weltanschauung* nelle due lingue ufficiali (“*gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de la prééminence du droit*” – “*European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law*”). Si tratta, dunque, dell'esito di una comparazione

plurale che si riflette nella formula di sintesi “società democratica” quale parametro di valutazione, che non solo ammette o tollera ma addirittura richiede ed esige limiti ai diritti fondamentali (si vedano in proposito gli articoli 8, 10, 11) e che si applica a tutti gli stati membri del Consiglio d’Europa e contraenti della CEDU.

In secondo luogo, si configura un’ulteriore dinamica (che, benché impropriamente, potrebbe definirsi *bottom-up*, ovvero di tipo verticale) finalizzata a proiettare nel quadro internazionale un regime sostanziale di riconoscimento e di garanzia dei diritti fondamentali che sia compatibile, quale livello minimo strutturale, con il corrispondente regime vigente nel diritto costituzionale degli stati. L’ipotesi *esistenziale* della condivisione dei valori richiamata nel preambolo diviene ora un’ipotesi *prescrittiva*, nel senso della formalizzazione di un obbligo di diritto internazionale a non comprimere lo standard europeo di garanzia dei diritti fondamentali. Tale obbligo si connette con la terza dimensione (che, altrettanto impropriamente, si può definire *top-down* e pertanto anch’essa di tipo verticale) da identificare con la verifica dell’adempimento dell’obbligazione *de qua* attraverso il meccanismo di controllo giurisdizionale predisposto.

In base ai caratteri dello spazio costituzionale europeo si innesta ora una eventuale nuova fase di tipo orizzontale, di adeguamento ed uniformazione da parte degli altri stati al registro di garanzia imposto dalla eventuale sentenza di condanna destinata ad uno soltanto di essi. E’ una prospettiva di tenore preventivo, in qualche modo, in quanto si provvede ad adeguarsi alla CEDU secondo quanto accertato o dichiarato dalla Corte EDU al fine di riformulare i caratteri della “società democratica” conforme alla CEDU stesso. Ancora una volta, non si tratta di effetti giuridici ma di “impatto» della giurisprudenza europea dei diritti dell’uomo finalizzata al *coordinamento* – non all’*uniformazione* – degli ordinamenti costituzionali statuali.

## 2.2 *Gli sviluppi: il controllo diffuso di convenzionalità e la procedura dei pilot judgements.*

A quest’ultima fase di *coordinamento preventivo* è del resto connessa un’evoluzione del tutto coerente con l’assetto della giurisdizione internazionale europea ed interamericana quale si è venuto sviluppando: il riferimento è, in primo luogo, al *controllo diffuso di convenzionalità*, ossia all’assunzione da parte di ogni giudice

nazionale dell'obbligo di interpretare la norma interna attraverso la norma convenzionale come interpretata dalla Corte EDU, ovvero di dare alla norma interna un significato conforme a quello della norma convenzionale come interpretata dalla Corte EDU.

Pur senza pervenire ad una sua esplicita costituzionalizzazione – salvo singoli stati, quale l'Austria (che, in assenza di un propria Carta dei diritti aggiornata, lo ha reso esecutivo con legge costituzionale, sicché è ammesso il ricorso di costituzionalità per violazione di un proprio diritto convenzionale, ovvero quale il Regno Unito, che con il *Human Rights Act* del 1998 lo ha incorporato nel proprio ordinamento, consentendo al giudice di adottare una *declaration of incompatibility* della norma interna destinata al Parlamento) – la CEDU stessa si colloca gerarchicamente in una posizione superiore alla legge ordinaria benché subordinata alla Costituzione. L'applicazione della norma internazionale e, di conseguenza, il controllo diffuso di convenzionalità fanno parte, pertanto, dell'esercizio ordinario della funzione giurisdizionale come è stato riconosciuto dalla giurisdizione costituzionale, pur con qualche precisazione.

Il Tribunale costituzionale federale tedesco, ad esempio, nel caso *Görgülü v. Alemania* del 2004, ha affermato che “in the German legal system, the European Convention on Human Rights has the status of a federal statute, and it must be taken into account in the interpretation of domestic law, including fundamental rights and constitutional guarantees [...] The binding effect of a decision of the ECHR extends to all state bodies and in principle imposes on these an obligation, within their jurisdiction and without violating the binding effect of statute and law (Article 20.3 of the Basic Law), to end a continuing violation of the Convention and to create a situation that complies with the Convention”. [...] The guarantees of the European Convention on Human Rights and its protocols, by reason of this status in the hierarchy of norms, are not a direct constitutional standard of review in the German legal system [...] A complainant can therefore not directly challenge the violation of a human right contained in the European Convention on Human Rights by a constitutional complaint before the Federal Constitutional Court” [...] However, the guarantees of the Convention influence the interpretation of the fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law. The text of the Convention and the case-law of the European Court of Human Rights serve, on the level of constitutional law, as guides to

interpretation in determining the content and scope of fundamental rights and constitutional principles of the Basic Law, provided that this does not lead to a restriction or reduction of protection of the individual's fundamental rights under the Basic Law”.

In proposito, con la sentenza n. 348 del 2007, la Corte costituzionale italiana – che a lungo ha collocato la CEDU al livello gerarchico della legge ordinaria che l’ha resa esecutiva – ha tratto spunto dalla revisione costituzionale dell’art. 117 del 2001 (“la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”) e ha parlato della CEDU come di *norma interposta*: “le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, [non] acquistano la forza delle norme costituzionali e [non] sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di *norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione*” [...] Nell’ipotesi di una *norma interposta* che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall’ordinamento giuridico italiano” (i corsivi sono aggiunti).

Inoltre, la Corte italiana circoscrive anche la portata della giurisprudenza della Corte EDU, sostenendo che “poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell’interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell’interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall’art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione. In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l’ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti

esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione”.

In una ulteriore sentenza (la n. 311 del 2009), la Corte costituzionale italiana ha anche precisato 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. [...] Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce 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. 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 [...]. Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità [...] Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa 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 [...] Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, 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 alla Corte costituzionale compete, questo sì, di 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 Tribunale costituzionale spagnolo ha precisato “la reiterada doctrina de este Tribunal sobre que el único parámetro de control aplicable en los diversos procesos constitucionales es la Constitución, siendo los textos y acuerdos internacionales citados

en el art. 10.2 CE una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales” (sentenza n. 80 del 2010) e, già con la sentenza n. 120 del 1990, che “no le corresponde a este Tribunal, al conocer en recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia, per se, de textos internacionales que obliguen a España, sino comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo [...], sin perjuicio de que, por mandato del art. 10.2 C.E. deban tales preceptos ser interpretados «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»”.

Di recente (2016), la Corte costituzionale russa, nella decisione concernente l’esecuzione della sentenza della Corte EDU nel caso *Anchugov and Gladkov v. Russia* ha affermato – senza allontanarsi molto dal tenore sostanziale della giurisprudenza costituzionale nazionale sin qui indicata, salvo una certa durezza nel tono e nel riferimento al “compromesso” quale risultato del dialogo – che “the interaction of the European conventional and Russian constitutional legal orders is impossible in the conditions of subordination, so far as only a dialogue between different legal systems is a basis for their appropriate balance and the effectiveness of norms of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the Russian legal order in many respects depends on the respect of the European Court of Human Rights for the national constitutional identity; recognizing the fundamental significance of the European system of the protection of human and civil rights and freedoms, judgements of the European Court of Human Rights being part of it, the Constitutional Court of the Russian Federation is ready to look for a lawful compromise for the sake of maintaining this system, reserving the determination of the degree of its readiness for it, so far as it is the Constitution of the Russian Federation which outlines the bounds of compromise in this issue”.

Rispetto alla tutela della supremazia della fonte e della giurisprudenza costituzionale interna, la Corte EDU ha assunto nel tempo due distinti orientamenti: l’uno, indicativo di un atteggiamento di deferenza per l’identità costituzionale degli stati, consistente nel riconoscimento di un *margin of appreciation nazionale*, qualora la disciplina di una stessa materia negli stati non sia suscettibile di venire assimilata in un *common ground*

già esistente o almeno in una tendenza prevalente nel contesto europeo – fatta sempre salva, tuttavia, la propria competenza di sindacato giurisdizionale che, nella fattispecie, viene solo sospesa.

La Corte costituzionale italiana (sentenza n. 317 del 2009) ha identificato anche nella dottrina del margine di apprezzamento nazionale un'occasione di interazione fra giurisprudenza costituzionale e convenzionale (“Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea [...] In sintesi, il «margine di apprezzamento» nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell’ambito delle proprie competenze”).

Ricordiamo, da ultimo, che nel 2013 è stato adottato il 15° Protocollo alla CEDU che ha introdotto nel preambolo il seguente testo: “Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”. Ne consegue che viene ribadito il ruolo prioritario degli stati nel dare attuazione alla CEDU – ruolo da porre in capo sia agli organi titolari della funzione di revisione costituzionale, legislativa ed amministrativa sia agli organi giurisdizionali, avallando pertanto la prospettiva del controllo diffuso di costituzionalità – ed altresì che viene

formalizzata la dottrina giurisprudenziale del margine nazionale di apprezzamento sotto la supervisione della Corte EDU.

Il secondo orientamento, più recente e in apparenza più invasivo della sfera nazionale sovrana, si identifica in una specifica procedura, detta dei “giudizi pilota”, adottata dalla Corte EDU quando, in ragione della moltitudine dei ricorsi individuali motivati con riferimento alla asserita violazione delle medesima disposizione della CEDU, si rende palese che nell’ordinamento in questione esiste un problema strutturale – normativo o amministrativo o di prassi giurisdizionale – senza la soluzione del quale la decisione di una singola controversia non sarebbe in realtà risolutiva di quel problema; di conseguenza, in questi casi, la Corte EDU sospende l’esame dei ricorsi, formalizza la natura di giudizio pilota della propria decisione e può raccomandare – con effetti vincolanti – allo stato di cui si tratta l’adozione di misure generali dalle quali discenderà anche la soluzione delle controversie da giudicare da parte del giudice di Strasburgo.

E’ evidente che in questa ipotesi la giurisdizione internazionale europea si conferma essere volta ad andare oltre la soluzione di controversie individuali per assumere un ruolo prossimo ad una giurisdizione costituzionale nazionale.

Anche questo specifico profilo dello sviluppo della giurisdizione internazionale europea in materia di tutela dei diritti fondamentali pone in evidenza come il percorso che si è avviato abbia posto in essere un sistema europeo complesso ed articolato di controlli ed equilibri: si intravede, infatti, una dinamica di tipo esterno che intercorre fra la Corte EDU e gli stati, tanto per quanto concerne gli organi politici quanto con riguardo alle rispettive corti supreme e costituzionali; un’altra dinamica riguarda invece il complesso degli organi giurisdizionali – europeo e nazionale – intesi unitariamente nei confronti degli organi di indirizzo politico; da ultimo, occorre aver riguardo alla dialettica interna delle relazioni fra giurisdizioni supreme e costituzionali e giudici comuni con riguardo alla definizione del rispettivo ruolo interattivo con la CEDU e con la giurisprudenza della Corte EDU.

Un quadro di *checks and balances* che interviene in modo incisivo sulla tradizionale condizione della comunità regionale degli stati.

### 3. L'ordinamento sovranazionale europeo.

La giurisdizione internazionale europea ed interamericana ha di per sé prodotto un significativo «impatto» su alcune concezioni consolidate della cultura giuridica (e sulle conseguenti prassi istituzionali) concernenti la definizione e la protezione dei diritti fondamentali, mutuando istituti e concetti dall'ambito costituzionale interno e trasponendoli su un nuovo contesto metastatale. A distanza, rispettivamente, di quasi settanta e quarant'anni, il fenomeno non solo appare stabilizzato – sia pure con ricorrenti tentativi di ridimensionamento o di rigetto *tout court* – ma per entrambe le Corti internazionali regionali esso può essere considerato essere già in una fase di evoluzione successiva a quella originaria e del primo consolidamento, con una incisività tanto rilevante quanto maggiore si conferma essere l'applicazione domestica – attraverso il controllo diffuso di convenzionalità – da parte del giudice ordinario e con l'avallo dell'organo custode della legittimità costituzionale interna degli stati e quanto più sistemica si rivela l'efficacia della giurisprudenza internazionale su determinati profili strutturali degli ordinamenti degli stati oggetto di giudizi pilota. Sicché, con le dovute distinzioni già sopra delineate, può ritenersi che le due esperienze abbiano seguito un percorso non solo comparabile ma anche prevalentemente analogo. Del resto è anche significativa la rispettiva prassi della reciproca citazione di precedenti giudiziari.

Un ulteriore processo – esso stesso destinato a produrre un proprio «impatto» aggiuntivo e ancora una volta sul piano metastatale – si è nondimeno presentato con particolare intensità nello scenario europeo: si tratta, evidentemente, del processo di integrazione avviato negli anni '50 con un approccio funzionale di settore che, partendo da produzione di carbone ed acciaio e sfruttamento pacifico dell'energia nucleare, si è poi esteso alla configurazione di un mercato unico e, attraverso il governo dell'economia, si è ulteriormente espanso sino a raggiungere via via altri ambiti (dalla parità dei diritti fra i generi all'ambiente, al lavoro, al commercio internazionale, alla cittadinanza eurolunitaria), con penetrazione nel diritto privato (compresi profili di diritto di famiglia), nel diritto commerciale (contratti e diritti dei consumatori), nel diritto amministrativo (per la tutela di interessi e diritti), nel diritto e nella procedura penale (con un forte impulso alla valorizzazione di rapporti di fiducia fra gli apparati giurisdizionali e degli organi di promozione dell'azione penale degli stati membri),

nell'organizzazione a rete degli ordini giurisdizionali nazionali nell'ambito dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (di cui all'art. 3.2 TUE e Titolo V – artt. 67/89 – TFUE).

L'Unione Europea è stata resa titolare di funzioni legislative e di indirizzo politico di tipo esclusivo e di tipo concorrente, nonché di funzioni complementari di armonizzazione non legislativa e di coordinamento. Uno degli effetti conseguenti all'«impatto» dell'integrazione eurounitaria si rileva con riguardo alla configurazione di una *forma di stato e di governo tipica degli stati membri dell'UE*: si tratta, infatti, di ordinamenti che hanno conferito l'esercizio di funzioni sovrane di governo ad un apparato istituzionale condiviso, recuperando peraltro profili delle potestà attribuite con istituti compensativi quali il diritto alla partecipazione alla composizione degli organi comuni e all'esercizio di quelle funzioni. Si è affermato un modello innovativo di organizzazione della collaborazione stabile fra stati sovrani che mutua istituti dai modelli federali e confederali ma anche delle organizzazioni internazionali, senza tuttavia identificarsi con alcuno.

Come affermato dalla Corte di Giustizia nel 1986, “la Comunità Economica Europea è una comunità di diritto nel senso che né i suoi stati membri né le sue istituzioni possono sottrarsi al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale di base costituita dal Trattato [...] il Trattato ha istituito un sistema completo di rimedi giuridici e di procedimenti inteso ad affidare alla Corte di Giustizia il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni” [23] (in Parti écologiste "Les Verts" contra Parlamento Europeo, Caso 294/83).

Un sintomo sicuro del carattere innovativo della formula si ricava anche dall'esigenza di agire sul piano lessicale – sia pure più in dottrina che nel linguaggio formale dei testi normativi – e comporre *ex novo* un sostantivo e un aggettivo corrispondenti alla natura atipica del corrispondente concetto, ossia sovranazionalità e sovranazionale, che può definirsi come ricavabile da un ordinamento giuridico non sovrano e non statale, che dipende a titolo derivato dagli ordinamenti giuridici di stati sovrani quanto alla propria stessa esistenza e sviluppo e che nondimeno conferma di avere l'autorità funzionale di governo di produrre ed applicare in aree cruciali di interesse pubblico norme giuridiche le quali godono di efficacia diretta e del primato sul diritto delle entità sovrane che a tale rapporto istituzionale di natura composita

partecipano per libera volontà e nel loro stesso interesse nazionale (come dimostrato dall'esito del referendum britannico del 2016 di porre un termine all'adesione).

### 3.1 Il primato del diritto sovranazionale.

Il dato connotativo dell'integrazione comunitaria prima e ora eurounitaria è che *il sistema sovranazionale è ordinamento giuridico e il principio ordinatore è l'integrazione economica*, rispetto alla quale si sono confermate come conseguentemente correlate altre aree sociali, culturali, politiche non economiche. Pertanto, l'intero ordinamento giuridico eurounitario – dalla funzione di governo (legislativa ed amministrativa) alla funzione giurisdizionale – esprime i caratteri della sovranazionalità: in particolare, la sovranazionalità della giurisdizione della Corte di Giustizia non è una mera conseguenza della forza esecutiva delle sue sentenze ma della sua corrispondenza alla logica sovranazionale dell'intero ordinamento.

Uno dei dati strutturali più connotativi e, allo stesso tempo, ambigui dell'integrazione sovranazionale risiede nell'efficacia del principio di primato del diritto eurounitario: il principio, infatti, non è formalmente codificato nel testo dei trattati istitutivi – come chiaramente risulta, ad esempio, nella *supremacy clause* degli Stati Uniti d'America – ma risiede esclusivamente nella sua reiterata statuizione da parte della Corte (a partire da *Costa contra Enel*, 1964) e nella capacità della Corte stessa e delle massime giurisdizioni nazionali di gestire tale inusuale assetto normativo delle fonti attraverso la prassi del dialogo giudiziario, oltre che nell'ipocrisia diplomatica degli stati membri che, senza procedere a formalizzarlo in alcuna fonte positiva, esprimono tuttavia in proposito un atteggiamento di consapevole acquiescenza, anche nell'esercizio della funzione costituente o di revisione costituzionale della fonte fondamentale.

Si conferma pertanto il ruolo cruciale svolto sia dalla Corte di Giustizia sia dal dialogo giudiziario con le corti supreme e costituzionali degli stati membri, a partire soprattutto dai primi anni dell'Europa comunitaria e con particolare rilievo nell'area dei diritti dell'uomo. Infatti, nel nuovo contesto sovranazionale, la protezione metastatale dei diritti fondamentali non ha fatto parte delle ragioni costitutive delle tre Comunità europee negli anni '50 e oggi dell'Unione Europea – con l'eccezione delle cosiddette quattro “libertà fondamentali” originarie (la libertà di circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali di cui all'art. 26.2 del TFUE) che però sono

strutturalmente connesse alla originaria *raison d'être* funzionale dell'integrazione del mercato – ma ha rappresentato piuttosto una sorta di “incidente di percorso” o “effetto collaterale” che, come già osservato, si è concretizzato come conseguenza congiunta dell'effettività dell'esercizio dell'azione di governo da parte delle istituzioni titolari delle funzioni legislativa ed amministrativa, da un lato, e della cultura giuridica e costituzionale europea che non ammette un esercizio di potere pubblico che non sia sottoposto al limite della giustiziabilità dei diritti fondamentali.

In realtà, come ingenuamente osservato dalla Corte costituzionale italiana nella sentenza nel caso Frontini (1973), si riteneva che “la competenza normativa degli organi della C.E.E. è prevista dall'art. 189 del Trattato di Roma limitatamente a materie concernenti i rapporti economici, ossia a materie in ordine alle quali la nostra Costituzione stabilisce bensì la riserva di legge o il rinvio alla legge, ma le precise e puntuali disposizioni del Trattato forniscono sicura garanzia, talché *appare difficile configurare anche in astratto l'ipotesi che un regolamento comunitario possa incidere in materia di rapporti civili, etico-sociali, politici, con disposizioni contrastanti con la Costituzione italiana*. È appena il caso di aggiungere che in base all'art. 11 della Costituzione *sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma – sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini -, possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana*” (i corsivi sono aggiunti).

In altre parole, la Corte italiana esprimeva la nota *teoria dei controlimiti*, affermando il primato del diritto costituzionale degli stati membri e della propria giurisdizione rispetto a quella della Corte di Giustizia, non senza toni “perentori” (“ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali [della Costituzione italiana]”, pur circoscrivendo il predetto primato del diritto interno ai soli principi fondamentali e non all'intera Costituzione rigida. Giova ricordare che nel primo periodo di funzionamento dell'ordinamento comunitario (e tenuto conto delle

peculiarità proprie – quanto ad accesso e natura astratta e preventiva del controllo – del *Conseil constitutionnel* francese), la Corte italiana e il Tribunale costituzionale federale tedesco erano le uniche giurisdizioni di costituzionalità esistenti in grado di raccordarsi con il contenzioso sorto nelle giurisdizioni ordinarie che rappresentavano la prima linea di reazione all'innovazione comunitaria.

### *3.2 Il dialogo fra giudici e la costruzione del sistema sovranazionale di protezione dei diritti fondamentali.*

Proprio la materia dei diritti fondamentali si è rivelata idonea non solo a confermare, come già osservato, l'effettività del governo eurounitario in una pluralità di aree materiali e la forza della cultura giuridica e costituzionale degli ordinamenti europei ma anche, conseguentemente, ad indurre la Corte di Giustizia ad avviare, senza alcun riferimento normativo nel testo dei trattati, la costruzione di un (implicito) «sistema comunitario di protezione dei diritti fondamentali» a tal punto di vista “formalizzato” da richiedere – secondo la prima opinione resa dalla stessa Corte di Giustizia in ordine all'adesione alla CEDU (opinione 2 del 1994) – una revisione dei trattati per la sua modifica.

Inoltre, accanto alla creatività espressa dalla Corte di Giustizia, occorre segnalare come proprio in questa materia l'innovatività delle forme e dei contenuti della protezione eurounitaria dei diritti fondamentali non solo ha potuto fare affidamento sull'acquiescenza degli stati membri – esercitata anche attraverso le istituzioni comunitarie che nel 1977 hanno adottato una Dichiarazione di impegno a rispettare i diritti fondamentali secondo una formula testuale completamente mutuata dalla giurisprudenza della Corte – ma anche e soprattutto ha richiesto di fare ricorso all'interazione con le giurisdizioni nazionali, in particolare delle corti supreme e costituzionali.

A fronte del ricorso dei privati contro atti comunitari lesivi dei loro diritti fondamentali tutelati dalle rispettive carte costituzionali, infatti, la Corte di Giustizia decideva che anche l'ordinamento comunitario offriva tutela e che esso stesso aveva la competenza a garantirla: in un primo tempo, limitandosi ad affermare l'esistenza dei “diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza.” (*Erich Stauder v City of Ulm* –

Sozialamt, 1969, Caso 29-69) e applicando anche al settore dei diritti fondamentali la dottrina del primato: “il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato. È tuttavia opportuno accertare se non sia stata violata alcuna garanzia analoga, inerente al diritto comunitario. La tutela dei diritti fondamentali costituisce infatti parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte di giustizia garantisce l'osservanza” (in *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (caso 11-70) del 1970).

Con la medesima sentenza, la Corte – pur inquadrando finalisticamente la protezione dei diritti fondamentali nel contesto funzionale dell'integrazione europea („la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità”) e sostenendone, di conseguenza, il carattere giuridicamente originario – dichiara come dato *oggettivo* che la tutela *de qua* trae ispirazione dalle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri”.

A fronte della teoria dei controlimiti opposta dalla Corte italiana con la sentenza *Frontini* (1973) e in coincidenza con la decisione *Solange I* del Tribunale costituzionale federale tedesco del 1974 (secondo la quale “the integration process of the Community had not progressed so far that Community law also contained a codified catalogue of fundamental rights decided on by a Parliament and of settled validity, which was adequate in comparison with the catalogue of fundamental rights contained in the Basic Law”), la Corte di Giustizia – atteso che „i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza”, enfatizza – ma questa volta come dato *normativo* – che, essa stessa “garantendo la tutela di tali diritti, 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” (Nold und Baustoffgroßhandlung contra Comisión, 1974, caso 4-73 - il corsivo è aggiunto).

Non solo: la decisione, infatti, espressamente riconosce come una ulteriore fonte di ispirazione per la propria interpretazione del diritto eurounitario viene individuata nei “trattati internazionali relativi alla 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” (*ibidem*).

Il giudice di Lussemburgo, in altre parole, oltre ad operare un richiamo generale e generico alle fonti di diritto internazionale in materia – senza peraltro riconoscersi ad esse giuridicamente vincolato -, si riferisce proprio all’esperienza già maturata in seno alla CEDU al fine di “dialogare” – rassicurandole – con le corti nazionali e rappresentare loro la circostanza per la quale gli ordinamenti degli stati membri già hanno dovuto “metabolizzare” l’«impatto» della CEDU e del *case law* della Corte EDU e dunque l’ulteriore innovazione sarebbe stata gestibile.

Di certo, la posizione della Corte di Giustizia sul primato del diritto eurounitario su tutte le fonti del diritto interno, ivi comprese quelle costituzionali, rappresenta un dato non marginale nel contesto dei rapporti fra ordinamenti, anche alla luce della successiva giurisprudenza secondo la quale “le disposizioni comunitarie direttamente applicabili devono esplicare, a dispetto di qualsivoglia norma o prassi interna degli Stati membri, piena, integrale ed uniforme efficacia negli ordinamenti di questi ultimi, anche al fine della garanzia delle situazioni giuridiche soggettive create in capo ai privati, se ne consegua che la portata di dette norme va intesa nel senso che eventuali disposizioni nazionali successive con esse contrastanti vanno immediatamente disapplicate senza che si debba attendere la loro rimozione ad opera dello stesso legislatore nazionale (abrogazione) o di altri organi costituzionali (dichiarazione di incostituzionalità), specie ove si consideri, rispetto a questa seconda ipotesi, che fino a detta dichiarazione, permanendo la piena efficacia della legge nazionale, risulta impedita l'applicazione delle norme comunitarie, e quindi non garantita la piena, integrale ed uniforme applicazione delle medesime e non protette le situazioni giuridiche create in capo ai privati” (Amministrazione delle Finanze dello Stato contra Simmenthal SpA., caso 106/77).

L'invito al dialogo rivolto dalla Corte eurounitaria è stato tuttavia accolto: nel 1984, la Corte costituzionale italiana, con la sentenza n. 170 del 1984 (caso Granital) ammetteva che “il regolamento comunitario va, dunque, sempre applicato, sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili: e il giudice nazionale investito della relativa applicazione potrà giovare dell'ausilio che gli offre lo strumento della questione pregiudiziale di interpretazione [...]. Solo così è soddisfatta la fondamentale esigenza di certezza giuridica, sempre avvertita nella giurisprudenza di questo Collegio, che impone eguaglianza e uniformità di criteri applicativi del regolamento comunitario per tutta l'area della Comunità Europea”, confermando peraltro i margini del proprio intervento per una dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma interna in contrasto con la norma comunitaria ma per violazione dell'art. 11 della Costituzione italiana, e dunque affermando che il primato del diritto comunitario (sulle contrastanti norme interne) è garantito dall'ordinamento costituzionale nazionale e non, di per sé e da una posizione gerarchica sovraordinata, dal diritto eurounitario.

E, nel 1986, anche il Tribunale costituzionale federale tedesco, con la sentenza *Solange II*, riconosceva che “*as long as the European Communities, in particular European case law, generally ensure effective protection of fundamental rights as against the sovereign powers of the Communities which is to be regarded as substantially similar to the protection of fundamental rights required unconditionally by the Basic Law, and in so far as they generally safeguard the essential content of fundamental rights, the Federal Constitutional Court will no longer exercise its jurisdiction to decide on the applicability of secondary Community legislation cited as the legal basis for any acts of German courts or authorities within the sovereign jurisdiction of the Federal Republic of Germany, and it will no longer review such legislation by the standard of fundamental rights contained in the Basic Law*” (i corsivi sono aggiunti).

Il risultato del dialogo è stato pragmaticamente fruttuoso, il dialogo stesso rivelandosi *una prassi informale ma posta in essere nell'esercizio della rispettiva funzione giurisdizionale e volta alla gestione e prevenzione di un possibile conflitto di giurisdizione*, virtualmente sempre possibile in assenza di una clausola di supremazia (del diritto dell'Unione Europea): infatti, il giudice delle leggi tedesco si è limitato a

*sospendere* l'esercizio della propria funzione di salvaguardia dei diritti fondamentali secondo il *Grundgesetz* riconoscendo la *equivalenza* della tutela garantita dal giudice di Lussemburgo; e la Corte italiana – ancora una volta nella decisione Granital – ha acceduto alla dottrina di Lussemburgo ma precisando la *diversità dei presupposti sistematici* (“Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale [italiana] dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: *i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati*, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato”) e palesando il proprio orientamento dialogico con il giudice comunitario (“la Corte del Lussemburgo [...] considera, è vero, la fonte normativa della Comunità e quella del singolo Stato come integrate in un solo sistema, e quindi muove da diverse premesse, rispetto a quelle accolte nella giurisprudenza di questa Corte. Quel che importa, però, è che *col giudice comunitario si possa convenire* nel senso che alla normativa derivante dal Trattato, e del tipo qui considerato, va assicurata diretta ed ininterrotta efficacia: e basta questo per concordare sul principio secondo cui il regolamento comunitario è sempre e subito applicato dal giudice italiano, pur in presenza di confliggenti disposizioni della legge interna” (i corsivi sono aggiunti).

Non mancano certamente occasioni nelle quali il dialogo appare mancare e si costruiscono invece nuove barriere: l'obbligo dell'Unione di rispettare l'«identità nazionale» degli stati membri ha indotto il Tribunale costituzionale federale tedesco non solo ad affermare la propria competenza a sindacare atti dell'Unione lesivi di tale identità (*Identitätskontrolle*), non solo a sollecitare il legislatore federale a disciplinare una forma di accesso *ad hoc* per l'esercizio di tale sindacato ma anche a dare dei contenuti dell'«identità nazionale» una definizione molto ampia ed articolata. Rimane il fatto per il quale oramai tutte le Corti supreme e costituzionali degli stati membri si sono rivolte alla Corte di Giustizia per un rinvio pregiudiziale.

Sotto lo stimolo di una giurisprudenza del giudice dell'Unione Europea pressante ed incalzante ma anche incoraggiante al dialogo, le giurisdizioni comunitaria e nazionali, pur con premesse sistematiche diverse, sono riuscite dunque a gestire l'ambiguità di fondo dell'ordinamento delle fonti eurounitarie in materia di diritti fondamentali. Si è trattato – giova ribadire – di un modo informale e pragmatico di razionalizzare la materia, consentendo al processo di integrazione di proseguire senza pregiudizio per la tutela dei diritti fondamentali, sia pure in virtù di un modello di garanzia fondato

prevalentemente sul *case law* della Corte di Giustizia. Peraltro, il legislatore politico – ossia i governi degli stati membri agendo sia, direttamente, attraverso la Conferenza Intergovernativa (CIG) in sede di revisione dei trattati sia, indirettamente, attraverso le istituzioni comunitarie – non è stato in grado realizzare una razionalizzazione alternativa e, soprattutto, dotata di maggiore certezza e stabilità.

Già in coincidenza con il trattato di Maastricht istitutivo dell'Unione Europea e della Comunità Europea – non più denominata come “economica” in modo da cessare di riflettere la sua originaria vocazione funzionale – il Consiglio aveva infatti ipotizzato l'adesione della Comunità alla CEDU e, in proposito, aveva sottoposto la richiesta di un parere alla Corte.

Quest'ultima, con l'Opinione n. 2 del 1994, aveva espresso un'opinione di illegittimità, sostenendo – atteso che “allo stato attuale del diritto comunitario, la Comunità non ha la competenza per aderire alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto, da un lato, nessuna disposizione del Trattato attribuisce alle istituzioni comunitarie, in termini generali, il potere di dettare norme in materia di diritti dell'uomo o di concludere convenzioni internazionali in tale settore e, dall'altro una tale adesione non potrebbe essere effettuata facendo ricorso all'art. 235 del Trattato. Infatti, se il rispetto dei diritti dell'uomo costituisce un requisito di legittimità degli atti comunitari, l'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo determinerebbe una modificazione 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 nell'ordinamento giuridico comunitario” – che “una tale modifica del regime 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 ed esulerebbe quindi, per sua propria natura, dai limiti dell'art. 235. Essa può essere quindi realizzata unicamente mediante modifica del Trattato”.

Si è avviato di conseguenza un duplice percorso: infatti, per un verso, nell'anno 2000, si è proceduto ad adottare una Carta dei diritti fondamentali nell'Unione Europea ma solo con il trattato di Lisbona (2009) l'art. 6 TUE le ha conferito efficacia giuridica

vincolante quale fonte primaria; per altro verso, si prescrive l'obbligatorietà dell'adesione dell'UE al CEDU (art.6.2).

Tuttavia, l'adozione della Carta dell'UE sarebbe coerente piuttosto con una logica – discutibile nel merito ma coerente con la strategia di un disegno costituente – di configurazione di un'Unione autosufficiente, sia pure in osmosi con gli stati membri, per quanto concerne la tutela dei diritti fondamentali, replicando in qualche modo il modello bipolare di Strasburgo: mentre quest'ultimo è fondato sul rapporto CEDU/Costituzioni degli stati membri (e, sul versante giurisdizionale, Corte EDU/Corti supreme e costituzionali degli stati membri), l'eventuale modello Lussemburgo verrebbe fondato anch'esso su un rapporto bipolare, segnatamente quello intercorrente fra Carta dei diritti fondamentali/Costituzioni degli stati membri (e, sul versante giurisdizionale, Corte di Giustizia/Corti supreme e costituzionali degli stati membri).

Ma l'opzione favorevole all'adesione all'UE – addirittura prescritta come obbligatoria dal TUE – prospetta invece un diverso disegno costituente: non si tratta, infatti, di costruire due sistemi paralleli, indipendenti, autoreferenziali e non comunicanti fra loro, bensì un sistema unitario convergente, rispetto al quale l'adesione dell'UE alla CEDU avrebbe rappresentato un fattore di razionalizzazione. L'attribuzione alla Carta del valore normativo di una fonte costituzionale – più che la sua mera adozione nel 2000 (quale fonte autorevole di *soft law*) – in congiunzione con l'obbligo di adesione alla CEDU corrisponde infatti all'obiettivo di confezionare un ordinamento eurounitario *quasi sul modello statale*, dotandolo di una propria *Bill of Rights*, per farlo poi interagire – alla stregua di tutti gli altri stati contraenti – con la Convenzione europea e con la giurisprudenza della Corte EDU. Del resto, il Consiglio d'Europa aveva nel frattempo adottato il Protocollo n. 14 (2004 ma entrato in vigore nel 2010) che, nel testo modificato dell'art. 59, cpv. prevede proprio la possibilità dell'adesione dell'Unione alla CEDU.

In proposito, giova ancora osservare come, a nostro giudizio, il disegno di razionalizzazione qui sopra ricostruito sembra congegnato al fine di comprimere non tanto la giurisprudenza della Corte di Giustizia di per sé, quanto la sua vocazione a stabilizzare la tutela eurounitaria dei diritti fondamentali nell'ambito della dottrina del primato del diritto dell'Unione Europea. In base a tale impostazione, la compressione verrebbe a configurarsi, attraverso la subordinazione del giudice di Lussemburgo

conseguente all'accesso, tanto nei confronti e a vantaggio della giurisdizione internazionale del giudice di Strasburgo – ritenuta meno invasiva della sovranità degli stati, nonostante le dinamiche già indicate che non a caso hanno suscitato reazioni contrarie -, quanto nei confronti e a vantaggio della giurisdizione costituzionale degli stati membri.

In tal senso, infatti, occorre intendere gli effetti di alcune norme sull'interpretazione contenute nella Carta che valorizzano la dimensione nazionale: ad esempio, l'art. 52 (in tema di interpretazione) afferma nel par. 4 che “ laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni” e nel par. 6 si stabilisce che “si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.”. Ricordiamo, inoltre, che – ancora una volta facendo uso dell'istituto delle norme sull'interpretazione – ulteriori restrizioni sul piano dell'ermeneutica giurisprudenziale, possono conseguire dalla negazione della piena efficacia autoapplicativa delle norme (art. 52.5: “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 e del controllo di legalità di detti atti”) e dalla prescrizione (art. 52.7) per la quale “i giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta”.

Ricordiamo altresì che, pur senza adesione formale, il collegamento fra l'ordinamento dell'UE e la CEDU rimane forte e articolato: infatti, in base all'art. 6.3 del TUE “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto *principi generali*” ” (il corsivo è nostro), uniformando pertanto la natura giuridica e il valore ermeneutico delle tradizioni costituzionali nazionali e del diritto convenzionale. Inoltre, il preambolo della Carta, nel riaffermare ” 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", fa esplicito riferimento alla "giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo".

La Carta stessa stabilisce altresì – come sopra già indicato – (art. 52.3) 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”, benché si preveda anche che “la presente disposizione non preclude che il diritto dell’Unione conceda una protezione più estesa”. Da ultimo, per quanto concerne il livello della tutela, la Carta prevede 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 dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri” (art. 53). In altre parole, per l’ordinamento sovranazionale di tutela dei diritti fondamentali, la CEDU, come interpretata dalla Corte EDU, già costituisce un principio generale, una fonte di ispirazione, uno standard minimo derogabile solo in senso espansivo, alla stessa stregua del diritto e della giurisprudenza costituzionale degli stati membri. Se di sistema parallelo si tratta – fondato su due coppie di relazioni bipolari fra gli ordinamenti degli stati e le due giurisdizioni europee – quella internazionale di Strasburgo e quella sovranazionale di Lussemburgo – , non si può affermare la completa autoreferenzialità di quest’ultimo.

In ogni modo, anche il legislatore politico della revisione dei trattati ha disciplinato l’adesione dell’UE al CEDU nel quadro di un obbligo non incondizionato: infatti, il Protocollo n. 8 del trattato di Lisbona, oltre a predisporre una serie di limiti e condizioni all’adesione di natura tecnica, ha precisato altresì, con una norma di portata residuale ispirata ad una visione intensamente politica, che l’accordo di adesione “deve garantire che siano preservate le caratteristiche specifiche dell’Unione e del diritto dell’Unione, in particolare per quanto riguarda: a) le modalità specifiche dell’eventuale partecipazione dell’Unione agli organi di controllo della convenzione europea, b) i meccanismi necessari per garantire 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". In altre parole, l'Unione (e il suo vigente sistema di tutela dei diritti fondamentali) rappresenta(no) la priorità. Del resto, proprio in ragione di tali limiti e condizioni l'Opinione n. 2 del 2013 della Corte di Giustizia ha dichiarato il progetto di accordo di adesione incompatibile sia con l'art. 6.2 TUE sia con il Protocollo n. 8.

In attesa di futuri sviluppi a riguardo, si può osservare come lo stesso legislatore della revisione dei trattati – adottando una Dichiarazione *ad hoc* (n. 2) allegata al trattato di Lisbona – aveva ritenuto potesse essere prudente prendere atto dell'esistenza di un "dialogo regolare" fra la Corte di Giustizia e la Corte EDU, formulando altresì l'auspicio che tale dialogo "potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione". Anche senza l'auspicata adesione, il dialogo giudiziario continua ad essere la risorsa più affidabile per gestire al meglio la complessità dell'importante materia. In questo stesso senso, del resto, si erano espressi (in un comunicato stampa alla conclusione di un incontro ufficiale nel gennaio 2011) i Presidenti delle due Corti, i quali – pur inquadrando i risultati della discussione nell'ambito del negoziato in corso – avevano concordemente palesato di essere "determined to continue their dialogue on these questions which are of considerable importance for the quality and coherence of the case-law on the protection of fundamental rights in Europe".

#### **4. Conclusioni**

Lo scenario sin qui ricostruito esprime due contesti normativi ed istituzionali di natura metastatale nei quali si realizza in una sede giurisdizionale *ad hoc* di ultima istanza la tutela dei diritti fondamentali in Europa e in parte del continente americano.

Il primo scenario è quello della giurisdizione internazionale esercitata dalla Corte Europea DU e dalla Corte Interamericana DU in applicazione, rispettivamente, della CEDU e della CIDU. Si tratta di due sistemi che condividono una medesima ispirazione, per un verso collegata alla dimensione internazionale riferibile all'ONU, alle sue fonti di diritto internazionale e ai suoi meccanismi politici di controllo ma che, per altro verso, è palesemente volta a superare i limiti di quella dimensione: l'art. 1 della CEDU e il Preambolo della Convenzione di San José sono espliciti nel dissociare la

titolarità dei diritti fondamentali dalla condizione di cittadino (“riconoscendo che i diritti umani essenziali non dipendono dall'appartenenza di un individuo ad un certo Stato, ma sono fondati sugli attributi della persona umana”) e il Preambolo della CIDU, conseguentemente, precisa come da tale asserzione si ricavi il fondamento di una protezione metastatale dei diritti stessi (“in ragione di ciò si giustifica la loro protezione a livello internazionale, da conseguire attraverso una convenzione che rafforzi e che sia complementare alla protezione fornita dagli ordinamenti interni degli Stati americani”).

Inoltre, il collegamento storico e ideologico che le rispettive culture giuridiche presentano con il costituzionalismo liberale e i suoi valori fondanti – diritti dell'uomo, democrazia, stato (costituzionale) di diritto – e una diffusa e drammatica esperienza storica della loro negazione hanno determinato nei due contesti geopolitici la propensione a collocare in una giurisdizione indipendente – secondo i caratteri mutuati, ancora una volta, dal costituzionalismo statale – il centro di gravità della tutela internazionale predisposta.

Le due giurisdizioni internazionali hanno prodotto un fortissimo impatto nella rispettiva cultura giuridica e politica, nella prassi istituzionale, nella percezione del ruolo dello stato, nella legittimazione delle giurisdizioni interne in tanto in quanto in grado di interagire costruttivamente con le giurisdizioni metastatali. A mero titolo di esempio, menzioniamo la forza anche simbolica della condanna di uno stato-sovrano su ricorso di un proprio cittadino da parte di una corte internazionale che si avvale del proprio potere interpretativo di norme e atti giurisdizionali e amministrativi di quello stato-sovrano; l'efficacia virtualmente *erga omnes* dell'interpretazione ed applicazione della Convenzione attraverso una singola decisione; l'individuazione giurisprudenziale di problemi sistematici di compatibilità convenzionale dell'ordinamento condannato per violazione della Convenzione al di là della risoluzione di una singola controversia; lo sviluppo di un circuito interpretativo fondato sul rapporto fra giudice nazionale e giudice internazionale potenzialmente suscettibile di qualificazione come lesivo dell'esclusività del metodo politico rispetto al metodo giurisprudenziale nella produzione delle norme.

Impatto forte, dunque, gradualmente e progressivamente metabolizzato in vista di successive evoluzioni già in atto, quale, *in primis*, il controllo diffuso interno di

convenzionalità da valutarsi alla stregua di un metodo virtualmente di *routine* nell'esercizio della funzione giurisdizionale di applicazione ed interpretazione delle norme statuali, spesso in congiunzione con la verifica della legittimità costituzionale delle stesse norme.

Il secondo scenario è quello della giurisdizione sovranazionale della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, una giurisdizione non esclusivamente dedicata alla garanzia dei diritti fondamentali ed anzi obbligata non solo ad occuparsene, al di là delle aspettative originarie circa le competenze attribuitele dalla fonte positiva dei trattati, ma anche ad individuare i modi (giurisprudenza creativa in dialogo con i giudici nazionali) e i contenuti (tradizioni costituzionali comuni e CEDU) in base ai quali occuparsene. La *ratio* della giurisdizione internazionale esercitata dalla Corte EDU – e, per quanto di propria competenza, dalla CIDU – è il coordinamento e l'omogeneizzazione (secondo l'interpretazione della Corte EDU) della tutela dei diritti fondamentali, mentre quella della giurisdizione sovranazionale è espressa dalla sua uniformazione selettiva (secondo l'interpretazione del giudice eurounitario).

Se, da un lato, anche questa seconda prospettiva si colloca in una dimensione metastatale, dall'altro lato non mancano – come già segnalato – profili distintivi e connotativi che ne marcano la differenziazione rispetto alla esperienza delle due Corti internazionali regionali: si tratta, infatti, di un dato della realtà normativa che interrompe marcatamente la simmetria ricostruttiva delle due esperienze – quella europea (più complessa ed articolata) e quella interamericana –, sia per ragioni sistematiche sia anche per alcune conseguenze operative, esse stesse, peraltro, di rilievo sistematico.

Da quest'ultimo punto di vista, si presenta infatti, ad esempio, una vistosa lacuna di protezione metastatale dei diritti fondamentali qualora la violazione sia posta in essere da atti dell'UE (ovvero degli stati membri in sede di applicazione di atti dell'UE), vale a dire da parte del baricentro istituzionale del governo europeo dell'economia e di tutte quelle materie che, in vario modo correlate all'economia, sono divenute oggetto di legittimo intervento legislativo ed amministrativo eurounitario per la maggior parte del territorio europeo e della sua popolazione. E' pur vero che l'ordinamento dell'UE non è un ordinamento statale ed anzi già di per sé incorpora la metastatalità, ma è anche vero che il principio in sé della credibilità di un controllo giurisdizionale esterno rispetto ad atti di governo in questa circostanza viene meno. La circostanza per la quale la Corte

di Giustizia autonomamente interpreti ed applichi la CEDU – anche in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU – non è sufficiente sul piano formale a sanare la lacuna *de qua*, che, come preciseremo oltre, è attualmente gestita solo dalla prassi ermeneutica della Corte EDU in virtù di una *presunzione di tutela equivalente*. La medesima circostanza, inoltre, non esenta gli stati membri dell'UE che siano anche parti contraenti della CEDU dalla responsabilità per violazione dell'art. 32 della CEDU stessa, ossia per il fatto di dare esecuzione effettiva all'obbligo di riconoscere che “la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli”.

Un secondo vizio operativo del sistema che suscita perplessità si ha con riguardo alla situazione di uno stato membro dell'UE la cui violazione di una norma convenzionale è la conseguenza dell'obbligatorietà dell'applicazione di una norma sovranazionale cui lo stato stesso non può sottrarsi per non incorrere in un inadempimento dell'obbligazione eurounitaria. Occorre osservare, infatti, che lo *status* di membro di un'organizzazione sovranazionale non costituisce causa di esenzione dall'obbligo di fedele esecuzione della CEDU (in analogia, del resto, con la portata prescrittiva della clausola federale di cui all'art. 28 della CIDU che a sua volta riflette l'art. 27 della Convenzione di Vienna sui trattati circa la non opponibilità dell'assetto costituzionale interno ai fini dell'esenzione da responsabilità internazionale).

Si tratta di una situazione che – nel caso *Matthews v. Regno Unito* del 1999 – ha comportato la condanna del Regno Unito per violazione della CEDU benché la violazione consistesse nell'applicazione di una norma la cui inosservanza avrebbe comportato per lo stato *de quo* la violazione di un obbligo comunitario. Il progetto di accordo per l'accesso dell'UE alla CEDU disciplinava in realtà in modo molto complesso proprio questa materia (ricordiamo che l'art. 1 lett. b) del Protocollo n. 8 allegato al trattato di Lisbona prescrive specificamente che l'accordo deve prevedere “i meccanismi necessari per garantire 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”) che ancora non è disciplinata.

Il dato comune è che in entrambi i casi il ruolo cruciale – ancorché costruito sulla base di premesse di diritto positivo che sempre più sembrano rimanere sullo sfondo – è stato e continua ancora ad essere esercitato dalle corti e dal relativo dialogo. F. Rubio

Llorente ha efficacemente ed autorevolmente sostenuto che “*the introduction of constitutional jurisdiction in Europe has not been the product of an evolution, but rather of a revolution*”; e che, di conseguenza, si richiede “*a theory of jurisdiction more descriptive of its true nature than the theory of the “automaton judge, a theory that would accentuate the creative moment*” (in A. Pizzorusso (ed.), *Law in the Making. A Comparative Survey*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1988). L’affermazione, per quanto colga nel segno quanto al nucleo centrale della dinamica costituzionale contemporanea, risulta però incompleta in quanto priva di riferimenti anche all’interazione fra la giurisdizione costituzionale interna e le giurisdizioni internazionale e sovranazionale.

La prassi del dialogo giudiziario, infatti, ha posto in essere un circuito interpretativo europeo che presenta un grande potenziale: il *case law* prodotto in questi decenni – imponente per quantità e qualità quello delle Corti Europea ed Interamericana, rilevante per l’incisività degli effetti innovativi immessi nella realtà giuridica quello della Corte di Giustizia dell’UE – rappresenta un autentico patrimonio di diritto costituzionale europeo – statuale e metastatale ad un tempo – che può essere fondatamente ritenuto aver conformato l’*equivalente funzionale* di un *common law* europeo dei diritti fondamentali.

In argomento, giova precisare come la formula «diritto europeo» alla quale spesso si fa ricorso per comodità di linguaggio non corrisponde, in realtà, ad alcuna fonte normativa riconoscibile: al suo interno, infatti, si colloca fondatamente sia il *diritto interno* degli stati europei – a prescindere dalla appartenenza ad alcuna forma aggregativa internazionale o sovranazionale –, sia il *diritto internazionale regionale* e il *diritto convenzionale* più in particolare tendenzialmente facente capo al Consiglio d’Europa (che, giova ricordare, ha promosso la conclusione di oltre duecento trattati su materie collaterali rispetto al nucleo centrale espresso dalla CEDU ma non meno rilevanti), sia, infine, il *diritto sovranazionale* dell’Unione Europea. I tre ambiti, inoltre, come già ricordato, interagiscono, si fertilizzano reciprocamente, si offrono comparativamente alla circolazione dei modelli, mutuano, innestano ed adattano istituti l’uno dall’altro, predisponendo quello spazio costituzionale metastatale che, nell’ambito materiale qui rilevante, esprime oggi il contesto reale di garanzia dei diritti fondamentali. In proposito si è parlato anche di *normas interconectadas* ([C. Pizzolo, La](#)

[relación entre Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales con los Tribunales supranacionales especializados en materia de interpretación de normas interconectadas, CoCoA Working Papers, 2016,](http://cocoaproject.eu/images/CocoaWP_Pizzolo.pdf) in [http://cocoaproject.eu/images/CocoaWP\\_Pizzolo.pdf](http://cocoaproject.eu/images/CocoaWP_Pizzolo.pdf)). Ricordiamo pure che già nella sentenza Frontini del 1983 la Corte costituzionale italiana aveva caratterizzato “le norme comunitarie, - non qualificabili come fonte di diritto internazionale, né di diritto straniero, né di diritto interno dei singoli Stati”.

Se il diritto europeo, pertanto, non esiste, può parlarsi, piuttosto, della configurazione di un *paradigma europeo* quale clausola normativa implicita di omogeneità e non incompatibilità, in talune circostanze anche di uniformità selettiva – ma non di uniformità assoluta – afferente la protezione dei diritti fondamentali. Si tratta del paradigma europeo nel quale si riconoscono gli stati contraenti la CEDU, gli stati membri dell’UE e i candidati all’accesso all’UE (ricordiamo il complesso dei criteri di Copenhagen posti a fondamento della *condizionalità* che ne ha preparato l’ingresso, sinteticamente formalizzati nell’art. 49 TUE che subordina l’ammissione alla condivisione dei valori essenziali dell’Unione stessa). Si tratta altresì del quadro assiologico che determina le linee ispiratrici della “azione dell’Unione sulla scena internazionale” (art. 21 TUE) nonché del nucleo centrale dell’assistenza alla transizione costituzionale che il Consiglio d’Europa – soprattutto attraverso la Commissione di Venezia – ha prestato agli stati dell’Europa centrale, orientale e balcanica.

Nel contesto del concetto di paradigma europeo può anche agevolmente collocarsi la spiegazione e forse anche il fondamento informale di razionalità della presunzione di tutela equivalente dei diritti dell’uomo (la c.d. “presunzione Bosphorus, dal caso nel quale è stata originariamente formulata), ossia la determinazione della Corte EDU di ritenere che la tutela offerta dal sistema dell’UE e quindi anche dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sia da ritenere equivalente a quella offerta dalla CEDU e da se stessa, una volta verificati, nondimeno, taluni presupposti. Si tratta di una delle manifestazioni più rilevanti e “ad alta intensità dialogica” e collaborativa da parte della Corte EDU, a maggior ragione se – come appare da una recente decisione (Avotiņš v. Latvia del 2016) – la presunzione sopravvive all’Opinione n. 2 del 2013 (che il giudice di Strasburgo potrebbe dunque leggere non come dichiarazione di ostilità ovvero come mera conservazione di un ruolo giurisdizionale di ultima istanza da parte del giudice di

Lussemburgo ma come realistico accertamento o dell'inadeguatezza del progetto di accordo ovvero anche dell'impossibilità di combinare le due giurisdizioni entro un contesto unitario.

Il paradigma europeo, inoltre, rappresenta il fattore che funge da catalizzatore per l'impiego del metodo comparato dell'esercizio della funzione giurisdizionale in tema di diritti fondamentali: non si tratta certo, in tale prospettiva, di risolvere una controversia applicando il diritto straniero ma di individuare all'interno del proprio ordinamento una norma implicita corrispondente a quella esplicitata in un altro ordinamento giuridico, in sede di diritto positivo ovvero di giurisprudenza. E' proprio il paradigma europeo che rafforza l'operazione ermeneutica del giudice, che nel riferimento comparato può rendere più plausibile – *ad abundantiam* – il ragionamento interpretativo del proprio ordinamento. In tal senso, si consideri come tanto la condizionalità quanto la consulenza possano essere considerati quali fattori che agevolano la circolazione del diritto costituzionale sostanziale da stati con una costituzione scritta più risalente nel tempo ad altri che si dotano di un testo costituzionale che risulta più aggiornato e che a sua volta si presta ad essere comparativamente riflesso nell'ordinamento dei primi.