



RAFFAELE MORELLI

La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo alla luce delle recenti novità del trattato di Lisbona (*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine. - 2. Inquadramento dogmatico della Convenzione; dottrina e giurisprudenza fino a Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007. - 3. La soluzione tedesca; il caso Görgülü. - 4. La disapplicazione; commento a C.d.s. n. 1220/2010 e TAR Lazio n.11984/2010. - 5. L'interpretazione conforme. - 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine*

La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo suscita un notevole e crescente interesse da parte degli studiosi di diritto pubblico ⁽¹⁾, soprattutto negli ultimi decenni, in cui la consolidata interpretazione dei principi in essa contenuti, cristallizzatasi per mezzo della giurisprudenza della Corte Europea di Strasburgo, è stata sempre più spesso utilizzata al fine di garantire il rafforzamento della tutela dei diritti.

Lo sforzo profuso dalla dottrina per valorizzare la giurisprudenza della Corte EDU, sarebbe stato vano, tuttavia, se non adeguatamente sostenuto dall'individuazione del meccanismo idoneo a garantire la forza applicativa dei principi della Convenzione nell'ordinamento giuridico interno, in grado di

(*) Il presente contributo sarà pubblicato sul n. 1-2/2011 della Rivista TDS.

(1) Sul punto vi è una nutrita dottrina, si ricordi, C. ZANGHÌ e K. VASAK (a cura di), *La convenzione Europea dei diritti dell'uomo: 50 anni d'esperienze; gli attori e i protagonisti della convenzione, il passato, l'avvenire*, Torino, 2002; D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. CARTABIA, Bologna, 2007; M. DE SALVIA, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2001; A. GUZZAROTTI, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art.117 della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2003, 25 e ss.; infine, S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

resistere finanche ai mutamenti legislativi successivi, derogando, così, al principio di successione delle leggi nel tempo.

Il tema, da questo punto di vista, è particolarmente attuale, anche e soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, modificando l'art. 6 TUE, ha dato nuova linfa ai sostenitori della teoria della disapplicazione della norma interna confliggente con il disposto della Convenzione.

Proprio tale indirizzo ha messo nuovamente in crisi l'impostazione dominante, consolidatasi per mezzo delle famose sentenze gemelle della Corte Costituzionale del 2007, che sembravano aver sistematizzato la questione, anche se non sono mancate, già in quella occasione, voci autorevoli per le quali, in realtà, si sarebbe trattato di pronunce solo temporanee o "di passaggio" ⁽²⁾.

La discordanza di opinioni al riguardo riflette l'ambivalenza di prospettive mediante le quali è possibile ricostruire i rapporti tra l'ordinamento interno e quello sovranazionale sul tema dei diritti fondamentali, ove si passi da una prospettiva formale, che privilegia la separazione tra le fonti interne che disciplinano i diritti e le fonti esterne che assicurano ulteriori forme di garanzia, ad una interpretazione integrata del sistema delle fonti ⁽³⁾, per mezzo delle disposizioni costituzionali di apertura dell'ordinamento statale a quello internazionale e delle scelte legislative di dare piena efficacia all'interno dell'ordinamento alle garanzie nascenti da trattati e convenzioni.

L'evoluzione in tal senso prospettata dalla giurisprudenza costituzionale sul piano assiologico, anche per mezzo della valorizzazione dell'istituto dell'interpretazione conforme, è senz'altro ammirevole, ma non può ritenersi decisiva, in quanto quasi mai disancorata in modo netto dagli schemi inerenti la problematica della composizione delle fonti nell'ordinamento.

⁽²⁾ A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.forumcostituzionale.it; l'autore apre il proprio scritto sostenendo la possibilità che la giurisprudenza inaugurata con le sentenze Corte Cost. 2007 n. 348 e 349, si possa prestare "ad aggiustamenti di non secondario rilievo nel corso del tempo".

⁽³⁾ Tale assunto è lucidamente messo in evidenza ancora da A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto eurounitario*, in *Riv. Associazione italiana dei costituzionalisti*, 02.07.2010.

La tematica della tutela dei diritti fondamentali ⁽⁴⁾ è questione che suscita, quindi, notevoli problematiche, in un contesto in cui tali diritti, non sono più circoscritti nell'ambito esclusivo delle Carte Costituzionali ⁽⁵⁾, ma tendono, anche alla luce della CEDU, ad emanciparsi costituendo un sistema che è stato spesso dipinto dalla dottrina costituzionalista di tipo multilivello ⁽⁶⁾.

Prima però di formulare delle conclusioni, è opportuno tentare di ricostruire brevemente le varie opzioni elaborate sulla tematica dei rapporti tra la Convenzione e l'ordinamento interno; sulla base di queste premesse sarà poi interessante analizzare, se il Trattato di Lisbona, e la nuova codificazione dell'art. 6 TUE, siano tali da permettere un superamento dei consolidati meccanismi inerenti l'adattamento dell'ordinamento interno alla Convenzione, e se in particolare il controllo accentrato di costituzionalità sia ancora lo strumento da preferire, ovvero se il sistema di tutela multilivello sia in grado di reggere anche per mezzo del controllo diffuso del giudice comune.

2. *Inquadramento dogmatico della Convenzione; dottrina e giurisprudenza fino a Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007*

La questione dell'inquadramento dogmatico della Convenzione, e del suo corretto inserimento nel quadro delle fonti, sorretta da un approccio dualistico in tema di adattamento ⁽⁷⁾,

⁽⁴⁾ Dando, pertanto, per acquisito che vi siano dei diritti che possono qualificarsi come "fondanti dell'ordinamento giuridico"; per tutti, S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dottrina europea della tutela dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Corte Costituzionale e processo costituzionale, nell'esperienza della rivista «Giurisprudenza costituzionale» per il cinquantesimo anniversario*, a cura di A. PACE, Milano, 2006, pag. 471 e ss., e P. RIDOLA, *Diritti costituzionali*, in *Il Diritto, Enc. Giur. Del Sole 24 ore*, V, 2007, pag. 133 e ss..

⁽⁵⁾ A. D'ATENA, *Costituzionalismo e tutela dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2006, in particolare pag. 12, per il quale, "tramonta l'idea che la tutela dei diritti fondamentali rientri tra gli interessi esclusivi degli Stati".

⁽⁶⁾ Per tutti, A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA - E. DE MARCO, (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 89 ss.

⁽⁷⁾ Per il superamento dell'approccio dualistico, vedi, A. D'ATENA, *L'Adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 189 e ss., nonché A. CASSESE,

sembrava aver trovato soluzione, come è noto, solo con l'avvento delle famose pronunce nn. 348 e 349 del 2007 della Corte Costituzionale.

In precedenza, al contrario, la giurisprudenza della Corte ⁽⁸⁾ si era sempre assestata su posizioni fortemente restrittive, tese a negare rilievo da un punto di vista costituzionale, od anche sub-costituzionale (integrativo del parametro costituzionale stesso), alle norme della Convenzione e a ricondurre, pertanto, le antinomie tra questa e le leggi interne a controversie tra fonti di pari rango, risolvibili, quindi, per mezzo dei criteri a ciò preposti, ed in particolare al criterio temporale. La Convenzione, infatti, è stata sempre ricondotta, dalla giurisprudenza costituzionale, nell'alveo del diritto internazionale pattizio, per il quale non varrebbe né il meccanismo di adattamento automatico di cui all'art. 10, comma 1, Cost.⁽⁹⁾ (previsto solo per le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute), né il disposto dell'art. 11 Cost., applicabile solo per il diritto comunitario, con la conseguenza che la Convenzione verrebbe ad assumere nell'ordinamento interno rango pari alla legge ordinaria mediante l'atto normativo di esecuzione del trattato.

Né il famoso *obiter dictum* contenuto nella sentenza della Corte Cost. n. 10 del 1993 ⁽¹⁰⁾ (con il quale si è valorizzato il disposto dell'art. 2 della Costituzione per conferire alla CEDU una forza integrativa del parametro costituzionale), né la posizione assunta con la sentenza n. 38 del 1999 ⁽¹¹⁾ (con la quale, invece, dopo aver escluso che la Convenzione possa integrare il parametro di costituzionalità, la Corte ha valorizzato comunque il rapporto di integrazione tra le varie Carte, possibili per mezzo dell'interpretazione) sono stati successivamente riconfermati e valorizzati in altre pronunce.

Commento agli art. 10 e 11, Principi fondamentali, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978.

⁽⁸⁾ Per un approfondimento del tema, A. PERTICI, *La Corte Costituzionale e la Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA, (a cura di), *La corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli, 2003.

⁽⁹⁾ Vedi in particolare Sent. Corte Cost. n. 48 del 1967, Corte Cost. n. 69 del 1976 e Corte Cost. n. 323 del 1989.

⁽¹⁰⁾ Per un commento alla questione affrontata nella sentenza, E. LUPO, *Il diritto dell'imputato straniero all'assistenza dell'interprete tra codice e convenzioni internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1993, 66 e ss..

⁽¹¹⁾ L. MONTANARI, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 3001 e ss.

In attesa dell'intervento della Corte, la dottrina era stata particolarmente vivace, elaborando varie teorie ⁽¹²⁾, le quali in qualche caso hanno trovato seguito giurisprudenziale in alcune pronunce, in cui il giudice comune ha tentato di seguire la strada della immediata disapplicazione della norma interna configgente ⁽¹³⁾, almeno nelle ipotesi in cui il diritto controverso poteva trovare comunque riconoscimento in una conforme e consolidata interpretazione fornita dalla Corte EDU.

Le varie tesi emerse partivano da una comune presa di posizione, volta a negare che la Convenzione potesse assumere nell'ordinamento interno un rango pari a quello della legge ordinaria, con ciò confutando l'assunto cristallizzatosi nella giurisprudenza costituzionale, evidenziando come la Convenzione stessa creerebbe in realtà antinomie non risolvibili mediante il solo criterio temporale.

Tali teoriche, tutte comunque smentite nelle successive sentenze gemelle del 2007, tendevano a conferire diretto rilievo costituzionale alle norme della Convenzione, alcune di esse in ossequio ad un approccio monistico al problema dell'adattamento ⁽¹⁴⁾; altre preferendo invece accedere ad una nozione della sovranità, intesa in senso puramente assiologico ⁽¹⁵⁾, per evidenziare come anche l'adesione alla Convenzione abbia costituito per l'Italia una limitazione di sovranità, che rende la Convenzione direttamente rilevante per mezzo dell'art. 11 della

⁽¹²⁾ Per una analisi delle più importanti teorie elaborate, vedi F. COCOZZA, *Diritto comune delle libertà in Europa. Profili costituzionali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, 1994.

⁽¹³⁾ Tra le varie pronunce si veda, Tribunale di Genova, 4 giugno 2001, in *Giur. Cost.*, 2001, p. 2653 ss.; nonché Corte Appello di Roma, 11 aprile 2001, in *Giur. Cost.*, 2002, pag. 2221 e ss.; ma anche Cass. S.U. n. 28507 del 2008.

⁽¹⁴⁾ A. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Palermo 1956 p. 62 ss.. L'autore afferma, in particolare, che l'art. 10 postulerebbe un adattamento automatico comprendente anche il diritto pattizio. Tra i principi del diritto consuetudinario sarebbe ricompreso, infatti, anche il brocardo "*pacta sunt servanda*", che fungerebbe, pertanto, da veicolo per l'utilizzazione del meccanismo di cui all'art. 10 Cost., anche per il diritto dei trattati. Vedi anche, P. BARILE, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in *La comunità internazionale*, 1966; e, A. D'ATENA, *Problemi relativi al controllo di costituzionalità delle norme di adattamento ai trattati internazionali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1967, p. 614 ss..

⁽¹⁵⁾ Sul punto si veda, G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe. La sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino 2005.

Costituzione ⁽¹⁶⁾. Alquanto differente è la posizione della dottrina, che, sulla base del principio personalista, vede nell'art. 2 Cost. una fattispecie in grado di conferire tutela costituzionale anche ai diritti fondamentali non esplicitamente previsti in Costituzione, ma richiamati in documenti internazionali ⁽¹⁷⁾.

Su questo scenario connotato da forti incertezze si innestano le pronunce della Corte nn. 348 e 349 del 2007, che risolvono il problema dell'adattamento con una salomonica soluzione tesa a conferire alla Convenzione il rango di fonte atipica, integrante il parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost., ed a negare, quindi, che tale fonte possa assumere forza pari sia alla legge ordinaria, che alle norme costituzionali ⁽¹⁸⁾.

Per la Corte, infatti, la CEDU, pur essendo posta sul piano del diritto internazionale pattizio, assume una particolare forza di

⁽¹⁶⁾ Per tutti, A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione*, cit., per il quale accedendo alla tesi della sovranità in senso oggettivo o assiologico, la sovranità si risolverebbe integralmente nei valori fondamentali dell'ordinamento, "ai quali sono in tutto obbligati a conformarsi gli atti adottati in esercizio delle pubbliche funzioni"; Le limitazioni di sovranità "possono investire appunto i valori in parola, non già arrestarsi davanti a questi". Intesa in tal senso la sovranità, ne deriverebbe una piena applicazione anche della CEDU ai sensi dell'art. 11 Cost..

⁽¹⁷⁾ A. BARBERA, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, 1975, 59 ss.; A. LA PERGOLA, *L'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme del diritto internazionale dei diritti umani*, in AA.VV., *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989.

⁽¹⁸⁾ Per un commento esaustivo a tali pronunce vedi, C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 347 e 348 del 2007*, in Rubrica "Studi" di Consulta OnLine, www.giurcost.org; nonché A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale*, in *Forum dei Quaderni costituzionali*; A. GUAZZAROTTI, A. COSSIRI, *La CEDU nell'ordinamento italiano: la Corte Costituzionale fissa le regole*, in www.forumcostituzionale.it; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni Costituzionali*, 2008, 1, pp. 133 e ss.; R. DICKMANN, *Corte Costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117 primo comma della Costituzione*, in www.federalismi.it; B. RANDAZZO, *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, n.1; infine, C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; per tale autore i particolare, possono ravvisarsi tre elementi che hanno condotto la corte a tale cambiamento; il vincolo creato per mezzo dell'art. 117 Cost., la tendenza dei giudici comuni a disapplicare le leggi nazionali in ipotesi di conflitto, e "l'accresciuta incidenza della Corte EDU negli ordinamenti degli stati aderenti alla Convenzione".

resistenza passiva, grazie al disposto dell'art. 117, comma 1, Cost., che vincola il legislatore regionale e nazionale al rispetto sia del diritto comunitario, che degli obblighi internazionali. Tale disposizione, infatti, lungi dall'esser norma destinata a spiegare effetti nei soli rapporti tra Stato e Regioni ⁽¹⁹⁾, è previsione in forza della quale le norme interne sono chiamate a non confliggere sia con il diritto comunitario che con gli obblighi derivanti dal diritto internazionale pattizio. Di conseguenza, la norma interna, sia anteriore che successiva, eventualmente in contrasto con le prescrizioni della Convenzione, dovrebbe ritenersi illegittima per violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione, e in questo modo la Convenzione troverebbe una copertura costituzionale.

La Corte, nel prevedere la necessità del controllo accentrato di costituzionalità smentisce, pertanto, il rilievo costituzionale e la diretta applicabilità della CEDU nell'ordinamento interno, e, quindi, il potere di disapplicazione immediata per il giudice comune, in caso di antinomia tra la disposizione interna ed un principio contenuto nella Convenzione.

Il giudice delle leggi afferma, così, che gli eventuali contrasti tra le norme interne e la CEDU non generano “problemi di successione delle leggi nel tempo”, bensì questioni di legittimità costituzionale, e che la CEDU non ha diretto rilievo costituzionale, non avendo il giudice comune, “il potere di disapplicare la norma interna ritenuta in contrasto con un principio CEDU”.

Tale interpretazione, che conferisce alle norme della Convenzione la qualificazione giuridica di fonti interposte tra il dettato costituzionale e le leggi ordinarie, determina che le disposizioni della Convenzione assumano una particolare forza di resistenza passiva, ma non elide comunque la necessità che le stesse siano chiamate a rispettare e a conformarsi al disposto costituzionale; con la conseguenza che tali norme, al pari delle altre norme interposte, potrebbero fungere al tempo stesso da parametro e da oggetto del giudizio di legittimità costituzionale, nel caso in cui una disposizione della Convenzione violasse, essa stessa, una disposizione di natura costituzionale ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Sul punto è particolarmente esaustivo, C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, cit..

⁽²⁰⁾ Si legge infatti nella sentenza 348/2007, che “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”.

Viene così riproposta, in un differente contesto, la teoria dei “controlimiti” ⁽²¹⁾, spesso teorizzata soprattutto con riferimento ai rapporti tra diritto interno ed ordinamento comunitario. Diversa l’ampiezza del controllo, in virtù del fatto che nel caso del diritto comunitario questo si riduce a una valutazione di conformità con i soli principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, mentre nel caso del diritto CEDU, esso dovrebbe espandersi ad una valutazione di legittimità con l’intera Costituzione.

Il ragionamento della Corte è comunque più ampio e coinvolge anche il giudice, il quale, lungi dal poter risolvere da sé il conflitto, avrà comunque un ruolo di primo piano nel dover necessariamente tentare una “interpretazione convenzionalmente orientata”, prima di devolvere la questione di legittimità alla Corte Costituzionale. Il giudice interno avrà, infatti, l’onere di sollevare la questione di legittimità costituzionale, solo allorquando non possa reinterpreta la disposizione interna in modo conforme al dettato della Convenzione ⁽²²⁾, con ciò evitando, il sorgere del conflitto e l’instaurazione del giudizio di legittimità. Come si nota agevolmente, la Corte, pur negando il potere di disapplicazione diretto, attribuisce al giudice un ruolo comunque di notevole importanza, e non potrebbe dirsi diversamente se è vero che sul tema dei diritti fondamentali non può disconoscersi un rilievo preminente al giudice nel riconoscimento e nella tutela dei diritti stessi ⁽²³⁾; altro sarà poi valutare se il meccanismo coniato sia sufficientemente adeguato, atteso che in caso di antinomia non risolvibile mediante i poteri interpretativi sarà necessario comunque invocare l’intervento della Corte stessa, la quale in tal

⁽²¹⁾ Sul tema vedi, A. CELOTTO, *Primauté e controlimiti nel Trattato di Lisbona*, in *Scritti sul processo costituente europeo*, Napoli, 2009; nonché, A. RUGGERI, *Tradizioni costituzionali comuni e controlimiti, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione*, in *La corte Costituzionale e le Corti d’Europa*, cit., pag. 505 e ss., e A. RANDAZZO, *I controlimiti al primato del diritto comunitario: un futuro non diverso dal presente?*, in www.forumcostituzionale.it.; S. MANGIAMELI, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the “controlimiti” (counter-limits / Schranken-Schranken)*, in *TDS*, 2010, 1 ss.

⁽²²⁾ G. SORRENTI, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte Costituzionale, oggi, e l’interpretazione “conforme a”*, in www.federalismi.it, 16/2007; A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit.

⁽²³⁾ E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana, tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in *Riv. Aic*, n. 1 del 2011.

modo assumerebbe una sorta di monopolio nella costruzione del sistema di tutela dei diritti fondamentali.

Manca, inoltre, nelle argomentazioni della Corte, ogni considerazione in ordine alla possibilità di scelta, per il giudice comune, dello standard di tutela maggiore, valutato sulla base della fonte interna o di quella convenzionale, in modo da assicurare nell'ordinamento interno il grado più elevato di tutela dei diritti fondamentali.

Questa limitazione che la Corte Costituzionale ha imposto al sistema di protezione dei diritti della Convenzione dovrebbe garantire, a suo dire, l'uniformità del controllo, circa la portata applicativa del diritto CEDU, senza ampliare la discrezionalità del giudice, avendo questi l'onere di sollevare la questione di legittimità costituzionale in tutti i casi in cui non sia possibile comporre il conflitto mediante un'interpretazione conforme.

In definitiva, ne discende un sistema nel quale è possibile distinguere vari livelli di tutela e protezione per i diritti fondamentali ⁽²⁴⁾, l'uno più propriamente europeo, mediante il rilievo della Carta dei Diritti dell'UE, avente lo stesso valore giuridico dei Trattati, l'altro, di natura internazionale, per mezzo dell'adesione degli Stati alla Convenzione, e, naturalmente, quello interno, basato sulle Carte Costituzionali nazionali. E ciò determina, altresì, notevoli implicazioni nei rapporti tra le Corti, ciascuna sovrana nell'interpretare la propria Carta, ma ciascuna orientata in un "unico circuito interpretativo" in tema di diritti fondamentali ⁽²⁵⁾.

In tale pronuncia la Corte esclude di poter avallare altre teorie sostenute dalla dottrina, volte sovente a incentivare un utilizzo "diretto" della Convenzione, per il tramite dell'istituto della disapplicazione, senza passare dal giudizio di costituzionalità innanzi alla Corte.

⁽²⁴⁾ A. BARBERA, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. BILANCIA – E. DE MARCO (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, cit., pag. 89 e ss.. Nonché, M. CARTABIA, *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. CASONATO (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2003; G. F. FERRARI, *I diritti tra costituzionalismi statali e discipline transnazionali*, in *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza: il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001.

⁽²⁵⁾ Sul tema, per tutti, P. FALZEA, A. SPADARO, L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino 2003.

La Corte, in particolare, nega la possibilità di estendere il meccanismo della disapplicazione previsto per le norme comunitarie (in ossequio al principio del primato del diritto dell'Unione Europea, oramai consolidatosi nella giurisprudenza comunitaria e interna) anche alle norme della Convenzione, in virtù del fatto che “non è individuabile, con riferimento alle norme convenzionali, alcuna limitazione della sovranità interna”.

A detta della Corte, a differenza di quanto accade con le norme dell'Unione Europea, la CEDU non assurge a ordinamento “di natura sovranazionale”, e non produce norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Confermerebbe tale assunto anche la differenziazione terminologica posta nello stesso art. 117, comma 1, Cost., tra le norme derivanti dall'ordinamento comunitario e quelle inerenti agli obblighi internazionali ⁽²⁶⁾. Si è sostenuto conseguentemente che in caso di contrasto tra diritto interno e Convenzione Europea il giudice ordinario deve agire “nei limiti dell'interpretazione adeguatrice, essendo preclusa la strada della disapplicazione giudiziale” ⁽²⁷⁾.

In proposito, a nulla sono valse le numerose autorevoli voci ⁽²⁸⁾ che hanno sottolineato come anche la Convenzione sia un Trattato che, istituendo un'organizzazione sovranazionale e un'autorità giurisdizionale con funzione nomofilattica ⁽²⁹⁾ (con la possibilità di ricorso rimessa ai singoli, previo esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali interni), abbia la possibilità di elevarsi ad ordinamento giuridico in grado di limitare fortemente la sovranità

⁽²⁶⁾ G. D'ALESSANDRO, *Prime impressioni sull'impatto della costituzionalizzazione del “vincolo comunitario” sulla giurisprudenza costituzionale*, in *La corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., pag. 387 e ss..

⁽²⁷⁾ M. CARTABIA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in AA.VV., *I diritti in azione*, cit..

⁽²⁸⁾ Per tutti, R. CONTI, *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, in *Corr. Giur.*, 2007 e, A. RUGGERI, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.forumcostituzionale.it, cit..

⁽²⁹⁾ Anche se è noto come il sistema inerente il funzionamento di tale organo sia notevolmente differente rispetto a quello comunitario; in primo luogo perché non sussiste un rimedio, quale il rinvio pregiudiziale, che attraverso un raccordo tra le Corti, garantisce un consolidamento del diritto vivente; inoltre, perché le sentenze della Corte di Strasburgo non comportano la caducazione degli atti interni, pur obbligando gli Stati a rimuoverne gli effetti, anche mediante un sistema di equa riparazione in denaro. Sul punto, per tutti, B. RANDAZZO, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in AA.VV., *La corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., pag. 234 e ss..

interna, a norma dell'art. 11 Cost., ammettendosi implicitamente una differenziazione tra cessioni e limitazioni di sovranità.

Né, secondo la Corte, l'equiparazione alle norme dell'Unione potrebbe avvenire in maniera indiretta, per il tramite del diritto materiale dell'Unione, che avendo l'onere di rispettare le disposizioni CEDU, quali principi generali dell'ordinamento europeo, determinerebbe l'estensione del principio del primato dell'Unione sul diritto interno, anche in caso di difformità tra la norma interna e la Convenzione.

Infine, la Corte ha anche escluso che la Convenzione potesse valere quale diritto internazionale consuetudinario, cui sarebbe applicabile il meccanismo di adattamento automatico descritto nell'art. 10 Cost., nonostante che numerose disposizioni della Convenzione abbiano di fatto recepito consolidati principi consuetudinari di matrice internazionale⁽³⁰⁾.

Posizione, quella della Corte, che non è stata, esente da critiche, in quanto è ancora assestata su di una prospettiva formale ed astratta, che comunque in più di una occasione la Corte ha dimostrato di voler riconfermare⁽³¹⁾. Si pensi alle recenti pronunce in tema di confisca e inerenti la questione dell'applicabilità retroattiva delle misure di sicurezza⁽³²⁾, nelle quali la Corte ha

⁽³⁰⁾ Contesta tale assunto, A. D'ATENA, *L'Adattamento*, in *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 201 e ss., per il quale l'applicabilità del meccanismo dell'adattamento automatico, di cui all'art. 10, comma 1, Cost., anche al diritto internazionale pattizio sarebbe dimostrato a contrario proprio dallo stesso art. 117 cost., in quanto la previsione che gli organi legislativi regionali e statali siano tenuti al rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, è previsione che "verrebbe totalmente svuotata ove si ritenesse che i vincoli predetti s'impongano al legislatore nazionale, solo se esso decida di assoggettarvisi, adottando l'ordine di esecuzione".

⁽³¹⁾ Per tutti, in relazione alla critica inerente l'esasperato utilizzo di schemi formali, e non assiologicamente orientati da parte della Corte, A. RUGGERI, *Dinamiche della normazione e valori, nella prospettiva di una ricomposizione "multilivello" del sistema delle fonti*, in www.forumcostituzionale.it.

⁽³²⁾ Le questioni sollevate in relazione all'istituto penalistico della confisca, riguardano il possibile conflitto tra l'interpretazione maggioritaria, consolidatasi nell'ordinamento interno, a mente della quale le misure di sicurezza non sarebbero soggette all'applicazione del principio di irretroattività sfavorevole, bensì solo a quello di legalità, con l'interpretazione della Corte di Strasburgo, in forza della quale, invece, ai sensi dell'art. 7 della Convenzione, anche tali misure, in presenza di determinati presupposti dovrebbero essere assoggettate al principio di irretroattività. Sul tema vedi, F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, in *Diritto e processo penale oggi*, IPSOA, 2009.

dovuto, in un caso ⁽³³⁾, relativo alla confisca per equivalente, reinterpreta la norma interna in senso conforme alle prescrizioni della Convenzione, e nell'altro ⁽³⁴⁾, avente ad oggetto la confisca di cui all'art. 186 del Codice della Strada, addirittura espunge quella parte della norma che si poneva in conflitto con il parametro interposto costituito dall'art. 7 della Convenzione.

Anche nella più recente pronuncia, n. 80 del 2011, in tema di procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, la Corte ha riaffermato ancora una volta la perdurante valenza del sistema coniato a seguito delle pronunce del 2007, con ciò confutando nuovamente le teoriche emerse volte a sostenere il riconoscimento di un potere di disapplicazione diffuso in capo al giudice comune ⁽³⁵⁾.

Si tratta, pertanto, di pronunce dall'indubbio rilievo, che tendono a rafforzare il sistema della tutela dei diritti, ma nelle quali ancora una volta, il giudice delle leggi ha preferito aderire all'impostazione consolidatasi, rifiutandosi di conferire, quindi, differente valore giuridico ai principi della Convenzione, come tali insuscettibili di garantire un controllo diffuso del giudice interno, mediante il potere di non applicazione, in caso di insuccesso del tentativo di interpretazione conforme.

Nonostante ciò, non può non riconoscersi una chiara evoluzione della giurisprudenza della Corte, la quale, pur non allontanandosi dalle proprie convinzioni sul piano della teoria delle

⁽³³⁾ Mi riferisco alle recenti Ordinanze della Corte Costituzionale, n. 97 del 2009, e n. 301 del 2009. In entrambe le pronunce la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale degli artt. 200 e 322-ter del codice penale, nonché dell'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, inerenti l'istituto della confisca "per equivalente", sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, (e quindi in relazione all'art. 7 della convenzione). Per la Corte sarebbe sufficiente, infatti, reinterpretare il disposto interno in senso conforme all'art. 7 della Convenzione, ritenendo pertanto tale tipologia di confisca non applicabile retroattivamente.

⁽³⁴⁾ Il riferimento è alla Sentenza, Corte Cost., 4 Giugno 2010 n. 196, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Codice della Strada), per il contrasto con l'art. 117 Cost., e quindi con l'art. 7 della Convenzione, attesa l'impossibilità, in tal caso di reinterpretare il dettato della legge in senso conforme alla CEDU.

⁽³⁵⁾ Per un commento alla sentenza della Corte Costituzionale, n. 80 2011 vedi A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte Cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it.

fonti, ha implementato in maniera notevole le dinamiche della garanzia giurisdizionale dei diritti fondamentali, tanto da potersi affermare che la tutela dei diritti è tornata ad essere oggetto centrale del giudizio di costituzionalità delle leggi ⁽³⁶⁾.

3. *La soluzione tedesca; il caso Görgülü*

Anche analizzando le esperienze straniere ⁽³⁷⁾ non si registra una univocità di soluzioni, atteso che la Convenzione assume negli Stati aderenti una differente collocazione nel sistema delle fonti: dall'ordinamento austriaco, in cui la Convenzione ha acquisito valore costituzionale, per mezzo di una legge di revisione costituzionale, ad altri ordinamenti in cui invece la CEDU ha rilievo legislativo, fino a quelli in cui assume rango sovraordinato alla legge ma subordinato alla Costituzione.

In questo ambito appare utile analizzare la giurisprudenza costituzionale tedesca, che si caratterizza per una linea interpretativa rivolta al rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali, garantiti attraverso la Convenzione, la quale dal punto di vista del sistema delle fonti riveste carattere di legge ordinaria nell'ordinamento tedesco.

Prima di prendere in considerazione la posizione del Tribunale Costituzionale tedesco, è opportuno brevemente accennare alla problematica della collocazione delle fonti convenzionali esterne, nell'ordinamento tedesco. Infatti, per quel che concerne nello specifico la CEDU, si registrano delle differenti tesi, soprattutto in relazione alla collocazione di tale documento nella gerarchia delle fonti interne, ed in particolare se questo debba assumere rango parificabile alla legge interna di

⁽³⁶⁾ E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana, tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, cit. In particolare, sostiene l'autore, che le numerose questioni relative ai diritti fondamentali alla luce delle disposizioni CEDU esaminate dalla Corte nel periodo 2008 – 2010 costituiscono una riprova di questo assunto, che tende a "riequilibrare il rapporto tra giudice dei conflitti e giudice dei diritti, che negli ultimi anni si era pericolosamente spostato a favore del primo dei due termini".

⁽³⁷⁾ Sul punto, M. ANDENAS, e E. BJORGE, *Giudici nazionali e interpretazione evolutiva della Convenzione europea dei diritti umani. La prospettiva inglese, francese e tedesca*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010 n. 3; nonché, L. MONTANARI, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.

recepimento, ovvero se possa giustificarsi un primato della CEDU sulla legislazione nazionale; prevalenza, questa, sostenuta dalla dottrina essenzialmente sulla base dell'art. 24 co. 1 LF, che autorizza l'integrazione in organizzazioni sovranazionali o dell'art. 1 co. 2 LF secondo cui *"il popolo tedesco si riconosce nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo"*. Come si nota, si tratta di argomentazioni non dissimili da quelle sostenute in relazione all'ordinamento italiano.

Il problema della collocazione sistematica della Convenzione nel quadro delle fonti interne è questione rilevante ed attuale nell'ordinamento tedesco, attesa la grande attenzione rivolta dagli studiosi di diritto pubblico, le cui analisi si incentrano, tuttavia, più sulla determinazione dei poteri del giudice comune, al fine di implementare il sistema di tutela dei diritti fondamentali, che sull'individuazione dei meccanismi di recepimento. Infatti, sin da un decisione del Tribunale Costituzionale del 1987 ⁽³⁸⁾, accolta con notevole favore dagli operatori giuridici, si è lentamente affermato un onere di interpretazione conforme del giudice comune alle norme del diritto internazionale, ed in particolare alla CEDU.

Tale assunto deriva dal fatto che la giurisprudenza costituzionale ha enucleato un principio di "favore per il diritto internazionale", desunto da un'interpretazione sistematica dell'insieme delle disposizioni della Legge fondamentale destinate ad influire sulle relazioni internazionali, ed in particolare dal richiamo ai diritti umani di cui all'art. 1 co. 2 LF ⁽³⁹⁾. Tale potere di intervento del giudice comune risulta riscontrabile anche in forza del combinato disposto degli art. 97 e 20 c. III LF, a mente dei quali il giudice tedesco è vincolato a "legge e diritto". Alla base del potere di interpretazione conforme, vi è comunque, nella giurisprudenza dei giudici costituzionali, anche una giustificazione di ordine pratico, e cioè quella di evitare che le istituzioni tedesche possano incorrere in una fattispecie di responsabilità internazionale, a causa dell'inosservanza o dell'errata applicazione di norme di diritto sovranazionale pattizio, da parte dei giudici comuni.

⁽³⁸⁾ BVerfGE 74, 358 (370), 82, 106.

⁽³⁹⁾ J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, in *"Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici"*, in www.cortecostituzionale.it.

A partire dalla metà degli anni '80 la giurisprudenza costituzionale tedesca si è assestata su posizioni di limitata apertura, se è vero che, pur valorizzandosi l'interpretazione della Legge fondamentale alla luce del diritto vivente della Convenzione, gli stessi giudici hanno poi individuato delle penetranti eccezioni all'operare del meccanismo descritto. Infatti, il *favor* per il diritto internazionale non recede quando il principio enucleato nella CEDU comporti una restrizione o una diminuzione della tutela dei diritti fondamentali secondo la Legge fondamentale (conseguenza che peraltro la stessa Convenzione esclude ai sensi dell'art. 53 CEDU), e neppure qualora rilevassero quei controlimiti interni, in cui si cristallizza l'identità dello Stato, che ostano all'ingresso della fonte esterna; controlimiti che, attenendosi al piano costituzionale, si identificano nei principi supremi del federalismo, ed in quelli di cui agli articoli 1 e 20 della Legge Fondamentale.

Tale impostazione viene ripresa nella più recente pronuncia del Tribunale tedesco che ha avuto modo di analizzare nuovamente i rapporti intercorrenti tra l'ordinamento tedesco e la Convenzione EDU, nel famoso caso *Görgülü c. Germania* ⁽⁴⁰⁾. La decisione, sul cui valore peraltro non si registra una univocità di vedute, vede i giudici costituzionali chiamati a valutare la possibilità di adeguare il diritto interno, non solo ai principi della Convenzione staticamente intesi, bensì incorporati in una pronuncia della Corte EDU. In particolare i giudici si interrogano sulla possibilità che la pronuncia della Corte EDU ⁽⁴¹⁾ possa vincolare il giudice interno, anche *ex post*, con un onere di rimozione del precedente giudicato interno reputato adottato in violazione della Convenzione stessa.

A parte le questioni di carattere squisitamente procedurale, l'importanza della sentenza in questione è indubbia, in quanto essa ricostruisce, con una descrizione di ampio respiro, i rapporti tra l'ordinamento interno e quello internazionale, passando poi alla valutazione dei poteri, sia del giudice comune, che del Tribunale Costituzionale.

⁽⁴⁰⁾ Per una analisi ricostruttiva della fattispecie oggetto della pronuncia vedi, F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht e la teoria "selettiva" dei controlimiti*, in *Quaderni costituzionali*, 1 del 2005, 181 ss., nonché A. DI MARTINO, *Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'Uomo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁽⁴¹⁾ Mi riferisco alla decisione della Corte EDU n.74969/01 del 26 febbraio 2004.

Il Tribunale costituzionale dedica la prima parte della motivazione all'individuazione del rango da conferire alle norme della Convenzione e conferma così la precedente posizione, secondo cui la CEDU non può assurgere a parametro utilizzabile in via diretta nei giudizi di costituzionalità e ciò perché la CEDU possiede nell'ordinamento interno il rango stesso della legge, seguendo il regime della legge con la quale si è dato l'ordine di esecuzione al Trattato (*Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten* del 7 agosto 1952).

Nonostante ciò il Tribunale estrapola dall'analisi sistematica delle disposizioni costituzionali in materia, un principio di favore per il diritto internazionale, in forza del quale le norme della Convenzione e la consolidata giurisprudenza della Corte EDU devono essere utilizzati, sul piano del diritto costituzionale, come sussidi interpretativi (*Auslegungshilfen*) per la determinazione del contenuto e dello standard di tutela dei diritti fondamentali, necessitandosi così di una interpretazione della portata applicativa degli stessi, di modo che sia compatibile con i diritti garantiti dalla Convenzione.

Come si nota il Tribunale Costituzionale tedesco, pur non riconoscendo una rilevanza direttamente costituzionale alla CEDU, giunge a valorizzare un ampio utilizzo della Convenzione sul piano interpretativo, quale fonte integrativa dei diritti fondamentali riconosciuti in Costituzione, potendo il giudice comune elevare lo standard di tutela di tale diritto, per mezzo dell'applicazione diretta della Convenzione.

Le argomentazioni individuate dal Tribunale Costituzionale tedesco, onde giustificare la necessità di interpretare i diritti fondamentali nel rispetto della Convenzione, sono varie e riprendono essenzialmente quelle motivazioni già individuate nella giurisprudenza pregressa.

Il *favor* per il diritto internazionale deriva, per i giudici costituzionali tedeschi, dal vincolo che la Legge Fondamentale pone per il giudice ai sensi dell'art. 20 LF, a mente del quale questi è vincolato da legge e diritto; argomento che ben si assesta al caso concreto oggetto della decisione in commento, in cui si discute dell'adattamento del diritto interno, non solo ai principi della Convenzione, bensì a una specifica decisione della Corte EDU.

Argomento che da sé comunque non vale a determinare una netta prevalenza per il diritto della Convenzione, ragion per cui la Corte richiama esplicitamente l'art. 1 co. 2 LF che assegna ai diritti umani internazionali una protezione particolare.

Quest'ultima norma è, insieme all'art. 59 c. II LF, la base per enucleare un vero e proprio dovere costituzionale di utilizzare nell'applicazione dei diritti fondamentali tedeschi la CEDU come parametro d'ausilio d'interpretazione. Quest'obbligo è ricavato non dalla superiorità gerarchica della fonte, ma dalla particolare rilevanza della materia, i diritti fondamentali dell'uomo, nonché dalla necessità di prevenire ed evitare, in caso di violazione degli stessi, una responsabilità internazionale dello Stato.

La novità del principio enucleato dalla Corte tedesca è dirimpante, in quanto questa, pur non prevedendo una supremazia gerarchica delle fonti incorporate in documenti internazionali di natura pattizia, tuttavia, attraverso una valorizzazione dell'interpretazione sistematica delle norme costituzionali in materia di diritti fondamentali, giunge ad affermare una prevalenza di fatto della Convenzione, o meglio una lettura integrata della stessa nella costruzione del sistema interno di tutela dei diritti fondamentali, ben potendo il giudice comune ritenere di dover applicare direttamente la Convenzione, ove questa possa garantire uno standard di tutela maggiore rispetto a quello garantito dalle prescrizioni interne.

L'interpretazione del giudice costituzionale tedesco si discosta in molti punti da quella della Corte Costituzionale italiana che, postulando la rilevanza della CEDU quale fonte interposta del parametro costituzionale, ha chiaramente sposato la tesi in forza della quale la Convenzione generi questioni di legittimità costituzionale, salvo l'onere di interpretazione conforme, e non conflitti risolvibili dal giudice comune.

Tuttavia, il giudice costituzionale italiano ha omesso di rimarcare l'eventualità che le norme, interne e convenzionali, seguendo binari identici, pongano una differente disciplina solo sul piano dello standard di tutela conferito al diritto; se in tali casi i giudici tedeschi, sulla scorta del principio del *favor* per il diritto internazionale, sono autorizzati ad applicare direttamente la Convenzione, a scapito della norma interna, nell'ordinamento italiano una soluzione di tal fatta non è postulata dalla Corte, richiedendo, questa, la necessità di sollevare in ogni caso il giudizio di costituzionalità, che elimini la legge interna ostativa all'applicazione della Convenzione.

Che l'interpretazione conforme, desunta dalle pronunce della Corte italiana, abbia poi una differente ampiezza applicativa rispetto al principio del *favor* per il diritto internazionale, sancito dal Tribunale Costituzionale tedesco, discende dalle differenti

argomentazioni utilizzate a sostegno delle tesi descritte; infatti, la Corte italiana ha desunto l'onere di interpretazione conforme per il giudice comune, più dalla valorizzazione della collocazione sistematica della fonte esterna recepita nell'ordinamento, affermando il carattere di fonte interposta (rispetto all'art. 117 Cost.) della CEDU; al contrario, il Tribunale tedesco, pur riconoscendo alla CEDU rango di legge ordinaria, ha poi costruito un dovere costituzionale di interpretazione conforme maggiormente coerente, in quanto ricavato da una interpretazione sistematica delle norme costituzionali che conferiscono diretta rilevanza interna alla Convenzione, in ragione dell'importanza della materia dei diritti fondamentali.

Altrimenti detto, il Tribunale tedesco, pur senza abbandonare del tutto il rigido stampo formalistico inerente al problema della collocazione sistematica della CEDU nell'ordinamento interno, conferendo a questa, in ossequio alle teorie dualistiche sull'adattamento, rango pari a quello della legge interna di recepimento, ha poi ricavato l'obbligo di utilizzare la CEDU, quale parametro interpretativo, direttamente da una lettura sistematica delle norme costituzionali in tema di diritti fondamentali, valorizzando, quindi, l'oggetto della materia tutelata nel documento internazionale. Il Tribunale tedesco ha mostrato, infatti, di rivolgere la propria attenzione essenzialmente alla possibile applicazione delle fonti esterne in funzione della tutela che queste sono in grado di esprimere, in modo da innalzare lo standard interno dei diritti fondamentali.

La Corte italiana, al contrario, ha uno sguardo sempre rivolto all'analisi dei meccanismi di composizione delle fonti nel sistema, ripudiando la possibilità di aprire la Costituzione a documenti esterni in materia di diritti fondamentali e mediante l'intervento per il giudice comune.

A parte ciò, le ulteriori differenze enucleabili tra le due costruzioni, riguardano, in primo luogo, l'affermazione della sussistenza di controlimiti. Infatti, come accade nell'ordinamento italiano, anche il Tribunale Costituzionale tedesco evidenzia delle limitazioni all'utilizzo della Convenzione, soprattutto attraverso un bilanciamento del concetto di identità dello Stato con il principio prima descritto del *favor* per il diritto internazionale. Si legge, infatti, in tale pronuncia (Görgülü III) come "il favore per il diritto internazionale produce effetti solo nel quadro del sistema democratico e dello stato di diritto della Legge fondamentale"; "pertanto non si contraddice l'obiettivo del favore per il diritto

internazionale se eccezionalmente il legislatore non osserva il diritto dei trattati internazionali, in quanto solo in questo modo riesce ad evitare una violazione di principi fondamentali della Costituzione”⁽⁴²⁾.

Ciò significa che la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo può trovare applicazione automatica anche a discapito delle disposizioni interne, onde potenziare lo standard di tutela del diritto interno, nei casi in cui sussista un consolidato diritto vivente creato per mezzo delle pronunce della Corte di Strasburgo, con la sola eccezione della salvaguardia dell’identità dello Stato tedesco⁽⁴³⁾ (44). Da un lato, infatti, l’ordinamento tedesco aspira all’integrazione, ma d’altro non rinuncia alla sovranità, quale impenetrabilità dell’ordinamento, in relazione ai principi in cui si esprime l’identità dello Stato, e che determinano limiti all’ingresso nell’ordinamento interno di atti promananti da autorità non statali, la cui valutazione deve essere rimessa al Tribunale costituzionale. Solo qualora questi riconosca la sussistenza di un contrasto tra i principi che caratterizzano l’identità dello Stato e le norme esterne, in via eccezionale, si può ammettere che non si rispetti il diritto internazionale pattizio, in quanto sarebbe l’unica strada percorribile per impedire la violazione di principi fondamentali della Costituzione.

⁽⁴²⁾ La traduzione delle affermazioni del Tribunale Costituzionale tedesco è ripresa dallo scritto di J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguatrici*, cit..

⁽⁴³⁾ Come si nota agevolmente, la giurisprudenza costituzionale tedesca elabora in maniera sostanzialmente identica la dottrina dei contro limiti, sia in relazione alla Convenzione, che all’Unione Europea (art. 4 TUE); ciò determina una coerenza nella ricostruzione dei limiti all’ingresso delle fonti esterne dell’ordinamento tedesco, europee e convenzionali, in quanto in ogni caso la fonte esterna è asservita al rispetto dell’identità costituzionale. Sui contro limiti in materia europea, nonché sull’elaborazione del principio identitario, vedi, V. BALDINI, *Il rispetto dell’identità costituzionale quale contrappeso al processo di integrazione europea. (La “sentenza-Lisbona” del Bundesverfassungsgericht e i limiti ad uno sviluppo secundum Constitutionem dell’ordinamento)*, in Osservatoriosullefonti.it, n. 2/2010; U. EVERLING, *Europas Zukunft unter der Kontrolle der nationalen Verfassungsgerichte - Anmerkungen zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 30. Juni 2009 über den Vertrag von Lissabon*, in *EurR - Heft 1 - 2010*, p. 91 ss.; E. DENNINGER, *Identität versus Integration? Anmerkungen zum Lissabonvertrags-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, paper; L. VIOLINI, *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sul Trattato di Lisbona*, in *Quad. Cost.* n. 4/2009; S. MANGIAMELI, *Unchangeable core elements of national constitutions and the process of European integration. For a criticism to the theory of the “controlimiti” (counter-limits / Schranken-Schranken)*, in www.europeanpubliclaw.eu

Nell'ordinamento italiano i giudici della Consulta hanno inteso arrestare l'utilizzo della Convenzione innanzi al limite derivante dall'incompatibilità della stessa con la Costituzione. La differenza nella costruzione dei controlimiti è chiaramente quantitativa, in virtù del fatto che il giudice costituzionale tedesco ha fatto riferimento ai limiti alla revisione costituzionale, per esprimere i controlimiti che caratterizzerebbero l'identità dello Stato, per la quale la Convenzione è destinata a recedere. Nel caso italiano, invece, i controlimiti sono rappresentati (e in ciò la differenza rispetto a quelli che operano nei confronti del diritto europeo) dall'intera Costituzione (anche se poi un parametro così esteso appare poco adeguato alla valutazione di un atto come la CEDU), determinandosi, in caso di conflitto, il possibile intervento della Corte su quella parte della legge di esecuzione del Trattato che si pone in conflitto con una qualsiasi prescrizione di rango costituzionale.

Infine, nei due sistemi è diverso il controllo costituzionale sull'operato del giudice comune nel campo dei diritti fondamentali; nell'ordinamento tedesco, a differenza di quello italiano, la violazione del dovere di applicazione della Convenzione, da parte del giudice comune può essere fatta valere direttamente sia con un ricorso a Strasburgo, che con un ricorso di costituzionalità.

La sentenza Gögülü ha sotto questo profilo implicazioni pratiche molto forti, nel momento in cui afferma la possibilità di eccepire con un ricorso diretto di costituzionalità il disconoscimento, o la mancata considerazione, da parte del giudice comune di un principio della Convenzione, incorporato in una decisione della Corte europea dei diritti fondamentali. Tale strumento di accesso diretto da parte del ricorrente, è attivabile sia in caso di non adeguata considerazione del diritto della Convenzione, e perciò di violazione del principio del *favor* per il diritto internazionale, sia per valutare se il giudice comune, nel negare l'ingresso alla tutela accordata dai giudici di Strasburgo, abbia ben applicato la teoria dei controlimiti.

Il peso dell'azionabilità diretta in caso di violazione del diritto internazionale, innanzi al Tribunale costituzionale, è indubbiamente rilevante nella ricostruzione dei rapporti tra l'ordinamento interno e quello nascente dalla Convenzione e segna una diversità profonda con l'ordinamento italiano che non prevede

alcun rimedio nei confronti delle decisioni giudiziali in violazione dei diritti costituzionali ⁽⁴⁵⁾.

Pertanto, l'ordinamento tedesco, attraverso il conferimento di un potere di scelta, per il giudice comune, dello standard di maggiore di tutela, per mezzo della visione ristretta della dottrina dei controllimiti (o come è stato ben affermato, della teoria selettiva degli stessi) ⁽⁴⁶⁾ e, infine, attraverso la ricorribilità diretta al Tribunale costituzionale, presenta di fatto una efficacia maggiore rispetto alle soluzioni apprestate nell'ordinamento italiano.

4. *La disapplicazione; commento a C.d.S. n. 1220/2010 e TAR Lazio n. 11984/2010*

A seguito della codificazione del Trattato di Lisbona è emerso un nuovo indirizzo che ha trovato subito seguito giurisprudenziale in svariate sentenze della giurisprudenza amministrativa, ed in particolare nella sentenza del TAR Lazio, sez. II, bis, 2010 n. 11984, in materia di espropriazioni per pubblica utilità, nonché nella decisione del Consiglio di Stato, IV sez., 2 marzo 2010 n. 1220.

Il citato indirizzo interpretativo trae linfa dal *dictum* del nuovo art. 6 TUE, che, al secondo paragrafo, sancisce: “L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati”. Inoltre, ai sensi del successivo terzo paragrafo dell'art. 6, “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni

⁽⁴⁵⁾ A tal proposito, si è ben sostenuto, che “nei casi in cui il diritto vivente della CEDU garantisce uno standard di protezione superiore alla costituzione nazionale, potrebbe giustificare quindi anche un'interpretazione estensiva dell'ambito di protezione del diritto fondamentale nazionale o offrire un peso aggiuntivo nei bilanciamenti, mentre laddove indica limiti specifici e pone obblighi di protezione potrebbe invece servire a concretizzare dei limiti costituzionali impliciti”, così, lucidamente, J. LUTHER, *Le interpretazioni adeguate*, cit..

⁽⁴⁶⁾ Il punto in questione è messo in evidenza da F. PALERMO, *Il Bundesverfassungsgericht*, cit., per il quale, la pronuncia in oggetto è importante anche perché la Corte tedesca sembra enucleare con precisione quei settori sensibili in cui dovrebbe prevalere il diritto interno per tutelare l'identità costituzionale (famiglia/sfera dell'individuo), specificando così le materie nelle quali, i contro limiti determinerebbero sempre la soccombenza della Convenzione.

costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

Orbene, le disposizioni richiamate evidenziano come la tutela dei diritti fondamentali, tratta dalle tradizioni costituzionali comuni e dalle norme della Convenzione non sia materia estranea all'Unione Europea, bensì sia essa stessa cardine e fondamento dell'agire dell'Unione, a partire dalla valorizzazione che della Convenzione ha compiuto la Corte di Giustizia ⁽⁴⁷⁾ e sino alla formulazione dell'art. 6 TUE nella versione Maastricht-Amsterdam, prima, e dell'art. 6 TUE nella versione Lisbona.

Proprio l'innovazione prodotta dall'art. 6 TUE riveste un particolare rilievo, in quanto l'adesione alla Convenzione determinerebbe una giustiziabilità dei diritti della CEDU nei confronti delle eventuali violazioni derivanti dalle norme dell'Unione europea.

In questo contesto, i giudici amministrativi italiani hanno sostenuto che le norme della Convenzione, in virtù del richiamo di cui all'art. 6 TUE, siano parificabili al diritto comunitario, ed in caso di antinomia tra la norma interna e la disposizione della CEDU, non sarebbe più necessario adire la Corte Costituzionale, onde ottenere l'espunzione della norma interna confliggente, bensì il conflitto stesso potrebbe essere direttamente risolto dal giudice, mediante il potere di disapplicazione che assicura il rispetto del primato del diritto dell'Unione, che si fonda sull'uniforme interpretazione ed applicazione dell'ordinamento sopranazionale. Ciò, tra l'altro, significherebbe un sostanziale superamento del consolidato meccanismo recettivo descritto nelle sentenze del 2007 della Corte Costituzionale.

Prima di analizzare compiutamente questa impostazione, è opportuno evidenziare come la Convenzione non sia stata ancora recepita materialmente in seno al diritto comunitario, in virtù del fatto che, ai sensi dell'ottavo protocollo del Trattato di Lisbona, spetterà al Consiglio adottare formalmente una decisione, all'unanimità, con la quale, previa approvazione del Parlamento Europeo, concludere un accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

Ai fini che qui rilevano, appare necessario chiedersi se, anche in assenza di tale accordo, il diritto della Convenzione possa

⁽⁴⁷⁾ Vedi Corte di Giustizia, sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder*; sentenza 14 maggio 1971, C-4/73, *Nold*; sentenza 13 dicembre 1979, C-44/79, *Hauer*; sentenza 13 Luglio 1989, C-5/88, *Wachauf*.

dirsi materialmente acquisito nel novero delle fonti comunitarie, principali o derivate, ed in particolare se l'utilizzo diretto delle norme della Convenzione negli ordinamenti interni sia illimitato o se possano tali principi essere richiamati solo nelle materie di cognizione dell'Unione e solo in caso di pretesa "insufficienza" della disciplina interna.

Le sentenze del giudice amministrativo esaminate, anche se presentano un percorso argomentativo palesemente scarno ed insufficiente, non sembrerebbero nutrire dubbi circa l'applicabilità del principio del primato anche alle norme della CEDU, pur in assenza della formale stipula dell'accordo.

In particolare, nella decisione del Consiglio di Stato ⁽⁴⁸⁾, i giudici di Palazzo Spada hanno omesso di individuare compiutamente il percorso logico-argomentativo in funzione del quale giustificare l'applicabilità diretta della Convenzione nell'ordinamento giuridico interno, limitandosi a sostenere che l'inversione di tendenza sarebbe giustificata dalla nuova codificazione del Trattato di Lisbona ⁽⁴⁹⁾. Inoltre, nel risolvere una questione interpretativa afferente l'applicazione dell'istituto di cui all'art. 389 c.p.c. ⁽⁵⁰⁾, il Consiglio di Stato non ha proceduto ad alcuna valutazione circa la sufficienza della disciplina interna a tutelare il diritto richiesto, giungendo ad applicare *per saltum* i principi della Convenzione, quando, al contrario, sarebbe stato necessario un maggiore sforzo interpretativo del collegio, onde giustificare la tesi della rilevanza diretta della Convenzione.

La soluzione apprestata nella sentenza del Consiglio di Stato sembra facilitata dal fatto che, in tal caso, il giudice

⁽⁴⁸⁾ Per un ulteriore commento alla sentenza in epigrafe, vedi G. COLAVITTI e C. PAGOTTO, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, del 02.07.2010.

⁽⁴⁹⁾ Il fulcro della motivazione del collegio si ritrova in un inciso, ove si afferma che gli articoli 6 e 13 CEDU sono divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il primo dicembre 2009.

⁽⁵⁰⁾ La questione oggetto della pronuncia riguarda l'applicabilità della norma di cui all'art. 389 c.p.c. (che individua in caso di cassazione senza rinvio, nel giudice del rinvio, l'autorità presso cui incardinare eventuali giudizi circa le restuzioni, ovvero ogni altra domanda consequenziale) anche nelle ipotesi di cassazione senza rinvio per difetto originario di giurisdizione del giudice stesso. La questione era stata, peraltro già oggetto di svariate pronunce (Cass., SS.UU. 2.7.2004, Cass. sez. III del 29.8.2008, n. 21901) nelle quali si era indicata la perdurante competenza del giudice del rinvio, onde evitare un possibile vuoto di tutela, anche nelle ipotesi di annullamento per carenza di potere.

amministrativo non ha dovuto procedere ad alcuna disapplicazione di norme interne, bensì semplicemente a reinterpretare il testo normativo interno in modo conforme alle disposizioni convenzionali. Certamente, ove invece il Consiglio avesse avuto bisogno di spingersi oltre, sino alla disapplicazione delle norme interne configgenti con la Convenzione, sarebbe emersa immediatamente l'insufficienza delle argomentazioni. E ciò è ampiamente dimostrato dal fatto che, nella seconda sentenza in commento, il Tar Lazio ha operato una ricostruzione argomentativa maggiormente dettagliata, ma pur sempre non esaustiva, per giustificare la disapplicazione di una disposizione interna, l'art. 57 del T.U. sull'espropriazione; norma, questa, reputata lesiva della consolidata interpretazione della Corte Europea inerente al diritto di proprietà, disciplinato all'art. 1, primo protocollo della stessa CEDU.

In particolare, il collegio laziale nella pronuncia in oggetto ha disapplicato la norma descritta nell'art. 57 del T.U. espropri, che, tipizzando il regime transitorio dell'istituto dell'acquisizione sanante (disciplinato nell'art. 43 del T.U. espropri), ne consente applicazione alle sole occupazioni illegittime pendenti alla data di entrata in vigore del nuovo Testo Unico, escludendo, quindi, l'applicabilità dell'art. 43 del T.U. alle occupazioni realizzatesi in data anteriore all'entrata in vigore dello stesso Testo Unico.

Tale soluzione si è resa necessaria, per il Tribunale Amministrativo laziale, in quanto la mancata applicazione della nuova fattispecie dell'acquisizione sanante ad alcune occupazioni pregresse avrebbe dato vita ad una reviviscenza degli istituti dell'occupazione appropriativa ed usurpativa, censurati più volte dalla stessa Corte EDU, in quanto lesivi del diritto di proprietà ⁽⁵¹⁾.

⁽⁵¹⁾ Recentemente, una sentenza della Corte Costituzionale, n. 293 del 08 ottobre 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale proprio dell'art. 43 del T.U., per eccesso di delega, omettendo di pronunciarsi su un ulteriore motivo di illegittimità sollevato e consistente proprio nel presunto contrasto tra l'istituto dell'acquisizione sanante, e l'art. 1 della CEDU. La Corte ha così omesso di valutare tale ulteriore motivo (assorbito) di censura, nonostante la puntuale ricostruzione sul punto, effettuata dal giudice remittente. Per un commento alla sentenza vedi, A. GUAZZAROTTI, *Seguito delle sentenze Cedu ed opportunismi legislativi*, in www.forumcostituzionale.it, del 25.02.2011, nonché R. CARIDÀ, *La Consulta decreta la fine dell'acquisizione sanante? La parola al legislatore...o alla fantasia della giurisprudenza*, in www.giurcost.org, e, G. VIRGA, *Una possibile "exit strategy" dopo la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 del T.U. espropriazione per p.u.*, in www.lexitalia.it; infine, F. PATRONI GRIFFI, *Prime impressioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 293 del 2010, in tema di espropriazione indiretta*, in www.federalismi.it, n. 19/2010.

In tal caso, pertanto, il Collegio non ha potuto reinterpretare il testo normativo, ma in presenza di una norma reputata lesiva di un principio della Convenzione, peraltro consolidatosi nella giurisprudenza della Corte Europea, ha proceduto alla sua disapplicazione.

A differenza che nella pronuncia del Consiglio di Stato, il Tribunale Amministrativo ha tentato di fornire un seppur minimo quadro argomentativo, onde giustificare la disapplicazione delle norme interne contrastanti con la CEDU, ricostruendo comunque, sia la giurisprudenza pregressa, sia le motivazioni, in forza delle quali dovrebbe ritenersi superato il precedente indirizzo della Corte Costituzionale, coniato con le sentenze del 2007.

Le argomentazioni che il collegio fornisce poggiano fondamentalmente sulla differente formula normativa utilizzata dal Trattato di Lisbona nel disciplinare la CEDU, rispetto a quella del Trattato del '92. Si legge, infatti, nella sentenza del collegio laziale che "fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla CEDU, con la modifica dell'art. 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento "mediato" alla Carta dei diritti fondamentali", mentre, nella nuova formulazione dell'art. 6, "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".

L'adesione alla CEDU da parte dell'Unione, unitamente al riconoscimento dei diritti della Convenzione, quali principi generali, sono, per il collegio, argomenti sufficienti a garantire immediata operatività delle norme della Convenzione negli ordinamenti nazionali.

La decisione del Tribunale Amministrativo è stata certamente favorita dalla sussistenza di una precisa e concorde interpretazione della Corte Europea sugli istituti interni in materia di espropri, ma ciò non elimina il fatto che si tratti di una pronuncia dai tratti fortemente innovativi; e ciò, a maggior ragione, in funzione del fatto che il collegio laziale si è spinto oltre, evidenziando come la nuova collocazione sistematica della Convenzione nel quadro delle fonti comunitarie potrà condurre all'applicazione dei principi generali della Convenzione stessa, "in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una

specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo". Con ciò ammettendo che il diretto rilievo della CEDU, quale diritto dell'Unione, conferirà rilevanza dei principi generali in essa contenuti, anche nelle materie in cui non vi sia una diretta competenza delle istituzioni europee.

Le reazioni a tali sentenze non si sono fatte attendere, e spesso hanno visto scendere in campo voci autorevoli, tese a negare il percorso sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa. Non è mancato, infatti, chi ha confutato questa scelta, evidenziando come non potrebbe giammai parlarsi di avvenuto rilievo nell'ordinamento dell'UE delle norme CEDU ⁽⁵²⁾. Infatti, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non costituisce un argomento idoneo per sostenere l'applicabilità diretta della Convenzione nell'ordinamento interno. Il richiamo che il Trattato muove esplicitamente alla CEDU non è nuovo, ma rappresenta una conferma della precedente versione e, così come nel passato, non avrebbe l'effetto di estendere alle norme della Convenzione gli stessi meccanismi utilizzabili per le norme europee, tra cui figura il principio del primato che impone l'immediata disapplicazione delle norme interne configgenti.

Inoltre, l'art. 6 del TUE Lisbona non recepisce la Convenzione nell'ordinamento europeo, in assenza di un atto formale di adesione, e non produce alcun meccanismo di adattamento automatico all'intera Convenzione, come invece ha sostenuto il TAR nella sentenza richiamata.

Infine, il rilievo dato ai diritti della Convenzione, quali "principi generali dell'ordinamento europeo", può costituire parametro per giudicare la validità delle norme europee.

I giudici del TAR Lazio non sembrano tenere conto della differenza sussistente tra la CEDU e la "Carta dei diritti

⁽⁵²⁾ A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in *Giust. Amm.*, 21.05.2010. Ad avviso dell'autore anche la formale adesione dell'unione alla Convenzione non comporterà l'equiparazione della Cedu al diritto comunitario, bensì "semplicemente una loro utilizzabilità quali principi generali dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri". Vedi anche, E. GIANFRANCESCO, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana, tra Corte Costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, cit., e L. D'ANGELO, *"Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una expressio causae*, in *Quaderni Costituzionali* del 27.05.2010.

fondamentali dell'Unione europea" ⁽⁵³⁾. Infatti, solo per la Carta dei diritti l'art. 6.1 TUE avrebbe inteso procedere a un effettivo recepimento nel diritto europeo, con lo stesso valore giuridico dei trattati. E ciò sarebbe argomento bastevole a negare l'equipollenza tra la Carta di Nizza e la Convenzione.

Alla confutazione dei risultati cui sono pervenuti i giudici amministrativi può aggiungersi come anche a seguito dell'eventuale stipulazione dell'accordo di recepimento da parte dell'UE, secondo la procedura dettata dal protocollo n. 8, non possa parlarsi di rilievo diretto della CEDU, in quanto la stipulazione dell'accordo non sortirebbe alcun effetto immediato e diretto sugli Stati aderenti all'Unione, ma solo nei confronti dell'ordinamento dell'Unione in sé.

5. *L'interpretazione conforme*

Una volta riconosciuto che la modifica dell'art. 6 TUE e la previsione di una adesione della Unione alla CEDU non possono costituire argomento giuridicamente valido per sostenere la tesi della immediata disapplicazione della norma interna confliggente con la Convenzione, appare interessante valutare se l'inquadramento dogmatico della Convenzione fissato per mezzo delle sentenze gemelle, non sia comunque sottoponibile ad una rivisitazione critica. In tal senso è lecito chiedersi se sia necessariamente vero l'assunto secondo il quale la Convenzione, vivendo interamente sul piano del diritto internazionale, determini questioni di legittimità costituzionale, e non conflitti potenzialmente risolvibili dal giudice comune e se, quindi, aderendo al formalistico impianto inaugurato dalla Corte, sia sufficiente, per implementare il sistema multilivello di tutela, lo strumento dell'interpretazione conforme del giudice comune.

⁽⁵³⁾ Sul tema, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna 2001; nonché, S. MANGIAMELI, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. CALIFANO (a cura di), *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2001, D. TEGA, *La Carta dei diritti di Nizza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Corte Costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004; infine, A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it.

Proprio il concetto di interpretazione conforme evoca innumerevoli questioni ed è suscettibile di assumere differente veste, a seconda dell'approccio seguito. Infatti, è innegabile che questo sia l'istituto utilizzato e richiamato sia per garantire ossequio alla Carta Costituzionale, sia al diritto europeo, che a quello della Convenzione.

La Corte Costituzionale, tuttavia, se da un lato ha valorizzato il richiamo all'interpretazione conforme, dall'altro ha omesso di indicare il percorso mediante il quale possano essere risolte le antinomie tra le varie interpretazioni. E' chiaro che, ove per interpretazione conforme, si intenda rigida separazione tra le diverse fonti, tale strumento è insuscettibile di prestare valida garanzia al sistema di tutela dei diritti ⁽⁵⁴⁾.

L'interpretazione conforme è uno strumento che postula, invece, una sorta di *contaminazione* dei contenuti delle diverse disposizioni in tema di diritti fondamentali, ripudiando la logica della separazione o della contrapposizione. In questo modo, tale strumento apparirà in grado di assumere un'importanza notevole nella costruzione di un sistema di tutela dei diritti, riconoscendo che per mezzo dell'internazionalizzazione della materia della tutela dei diritti si è aperto un circuito interpretativo unitario.

Naturalmente, una volta assunto il rilievo paritario nell'interpretazione giudiziale dei vari documenti in materia di diritti fondamentali, dovrebbe riconoscersi un preciso potere al giudice comune di selezionare le varie fonti in materia, scegliendo l'applicazione della norma che conferisce al diritto un maggiore standard di tutela, al pari di quanto ha affermato il Tribunale Costituzionale tedesco nel caso prima richiamato.

Il mancato riconoscimento di questo potere, che rappresenta il limite della giurisprudenza costituzionale italiana, postula un differente approccio nell'analisi dei rapporti tra la costituzione interna ed i documenti esterni in materia di diritti fondamentali, come tale teso non all'implementazione dei poteri del giudice comune, quanto al riconoscimento dell'onere di sollevare la questione di costituzionalità nelle ipotesi di antinomia irrisolvibile sul piano interpretativo.

⁽⁵⁴⁾ A. RUGGERI, *Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali*, cit., il quale evidenzia come “non possa esservi un prius ed un posterius tra le varie interpretazioni conformi, in quanto tutte riportabili al piano costituzionale”, e “tutte asservite al valore metagiuridico di cui all'art. 2 e 3 della Costituzione”.

In altre parole, il limite fondamentale della giurisprudenza costituzionale è proprio quello di considerare i vari documenti quali monadi isolate, incapaci di esprimere il loro effettivo comune potenziale.

Se invece, seguendo un approccio differente, il giudice costituzionale fosse riuscito a leggere le varie Carte quali mezzi di tutela che si integrano, risultando volti alla creazione di un sistema complesso di garanzie, anche i risultati sul piano dell'interpretazione conforme sarebbero certamente più efficaci.

Proprio per tale ragione, l'Unione Europea, nel suo sistema ha sempre adoperato la Convenzione ed i principi tratti dalle tradizioni costituzionali comuni, integrandole nell'ordinamento europeo.

In questa prospettiva, peraltro, anche la previsione dei controlimiti, che le Corti di vari Stati sembrano utilizzare in modo differenziato, possono ben convivere con il potere riconosciuto ai giudici di procedere, nel caso di contrasto tra i diritti garantiti dalla Convenzione e il diritto interno, ad una interpretazione conforme in grado effettivamente di integrare la tutela sopranazionale nell'ordinamento.

Conferma tale assunto, il quadro europeo dipinto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; infatti, la tutela dei diritti fondamentali diviene questione principale per l'Unione nel raggiungimento dei suoi scopi, e per l'affermazione dei suoi "valori". La Carta di Nizza diviene, soppeso un'annosa disputa, atto normativo avente lo stesso valore giuridico dei Trattati. Ma, la Carta di Nizza dichiara a sua volta di volere essere applicata in modo da rispettare sia la CEDU che le tradizioni nazionali; anzi la stessa Convenzione, nonché le tradizioni costituzionali comuni, continuano ad essere parte dei principi generali dell'Unione.

Orbene, se così stanno le cose, non può non evidenziarsi la costituzione di un unico canale interpretativo, in cui i vari documenti si richiamano vicendevolmente, e in cui discorrere ancora di pretesa differenziazione tra il valore giuridico da conferire agli stessi non appare più una soluzione plausibile.

6. *Considerazioni conclusive*

Da tale breve disamina si evince con chiarezza come l'onere di interpretazione conforme sia uno strumento di importanza

assoluta per la costruzione di un sistema integrato in materia di tutela dei diritti fondamentali; inoltre, si è anche cercato di dimostrare, come esso possa tranquillamente convivere con la dottrina dei controlimiti, atteso che questi, di per sé, e ove correttamente interpretati, non ostano alla corretta applicazione del diritto europeo, così come non ostano all'apertura delle Carte costituzionali a documenti esterni in materia di diritti fondamentali, appartenenti al piano del diritto internazionale.

In questa prospettiva, perciò, il quadro delineato dalle sentenze gemelle della Corte, presenta delle incertezze di fondo che rischiano di compromettere in concreto i risultati che potrebbero realizzarsi in un sistema integrato di tutela, anche per mezzo della sola interpretazione conforme.

In primo luogo, non dovrebbe rilevare l'insistenza sulla collocazione sistematica della Convenzione, quale mera fonte interposta, dal momento che così diventa incongruente desumere l'onere di interpretazione conforme dal rango legislativo della Convenzione, essendo tale onere fondato direttamente sul rilievo costituzionale della materia tutelata: quella dei diritti fondamentali.

Inoltre, il modello delineato dalla giurisprudenza costituzionale, attraverso il continuo rinvio al sistema delle fonti, finisce con il ridurre lo spazio di operatività dell'interpretazione conforme e col condurre ad affermare che l'antinomia non è irrisolvibile su tale piano, dal momento che è necessario per il giudice comune sollevare la questione di legittimità costituzionale. Questo assunto si baserebbe sul presupposto –tutto da dimostrare– che i contrasti tra il diritto interno e quello della Convenzione generino solo questioni di legittimità costituzionale e non, invece, come mostra la comparazione con altri ordinamenti, conflitti potenzialmente risolvibili dal giudice, una volta confermata la rilevanza costituzionale della CEDU, attraverso l'interpretazione conforme.

Anche in altri ordinamenti europei, infatti, il giudice comune non possiede un potere di disapplicazione generale ed ha “solo” un potere di interpretazione conforme, che consente però di elevare lo standard di tutela dei diritti fondamentali, permettendo di scegliere tra l'applicazione della normativa nazionale e quella della Convenzione, come interpretata dalle sentenze della Corte EDU; e, in un simile contesto, la questione di costituzionalità (sia della normativa interna, che della interpretazione della Corte EDU) assume un carattere residuale, per il quale, peraltro, in tali

ordinamenti sussistono determinati strumenti di controllo costituzionale, che consentono di valutare la bontà del percorso argomentativo utilizzato dal giudice comune. Si è notato, infatti, come nell'ordinamento tedesco vi sia la possibilità di un controllo del giudice costituzionale, accessibile mediante ricorso diretto del singolo cittadino, sulle argomentazioni utilizzate dal giudice comune nel conferire o negare applicazione ai principi della Convenzione.

In tal modo, il sistema coniato presenta una maggiore coerenza ed efficacia, atteso che, se il giudice comune possiede un potere di interpretazione conforme, che gli consente di elevare il grado di tutela dei diritti, applicando direttamente la Convenzione (e le sentenze della Corte di Strasburgo), l'eventuale controllo sul corretto utilizzo dello schema delineato, da parte del giudice costituzionale, è diretto ed azionabile mediante un ricorso individuale.

Proprio tale considerazione evidenzia la chiara distanza con la soluzione approntata dal giudice costituzionale italiano e dovrebbe condurre, nel nostro caso, alla necessità di prevedere una diversa applicazione del diritto della Convenzione nell'ordinamento interno, soprattutto alla luce dell'impossibilità di accesso diretto alla Corte costituzionale (per violazione dei diritti costituzionali). Infatti, ai fini di una migliore tutela dei diritti e di una rispondenza agli impegni assunti con la Convenzione dall'Italia, dovrebbe riconoscersi anche al giudice italiano un potere di decisione che gli consenta di applicare lo standard più alto di protezione dei diritti, deducibile in via interpretativa.

Solo in tal modo sarebbe possibile garantire risposte giudiziali immediate e colmare la distanza che, in caso contrario, si determinerebbe nel grado concreto di tutela delle situazioni soggettive garantite dalla Convenzione.

D'altra parte, il riconoscimento di un siffatto potere al giudice comune potrebbe trovare diretto fondamento nel principio costituzionale di cui all'art. 101 Cost., per il quale i giudici sono soggetti soltanto alla legge, ben potendo preferire nell'applicazione concreta la norma anche convenzionale che assicura lo standard di tutela maggiore, riservandosi di sollevare la questione di costituzionalità solo nell'ipotesi in cui questa opzione possa suscitare concreti dubbi di costituzionalità.

In attesa che l'evoluzione in materia di tutela dei diritti fondamentali conduca al conferimento del riconoscimento del potere di scelta del giudice comune, rispetto al più elevato



standard di garanzia (interna o convenzionale), è auspicabile in ogni caso un potenziamento dell'utilizzo della Convenzione sul piano interpretativo nelle argomentazioni utilizzate dai giudici comuni.