

## **Opinioni e proposte sul futuro della Corte EDU e del sistema della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali**

Come è noto, l'adattamento del diritto italiano alla CEDU è avvenuto con legge ordinaria, la n. 848 del 1955.

Analogamente a quanto accaduto per l'adesione al Trattato istitutivo delle Comunità Europee, l'approvazione di una legge ordinaria per la ratifica ha fatto sorgere numerosi interrogativi circa la collocazione della CEDU nell'ambito del sistema nazionale delle fonti di produzione del diritto.

Secondo principi di comune acquisizione nell'ambito del diritto internazionale, l'emanazione di una legge ordinaria per la ratifica della convenzione avrebbe determinato la collocazione delle previsioni in essa contenute nel novero delle fonti primarie, con conseguente assoggettamento al regime di cedevolezza in presenza di una normativa sopravvenuta difforme, in applicazione del principio *lex posterior derogat anteriori*; una tale conclusione si poneva tuttavia in evidente contrasto con la necessità di riconoscerle una base legale di rango costituzionale in considerazione della autorevolezza della fonte e dell'importanza dei principi in essa solennemente affermati.

Autorevole dottrina (Barbera e La Pergola) ha dunque rinvenuto un tale ancoraggio costituzionale nell'art. 2, in quanto la convenzione EDU codifica quei diritti inviolabili che l'art. 2 solennemente riconosce e garantisce in capo ad ogni uomo.

La dottrina maggioritaria ha richiamato invece l'art. 10, primo comma, Cost., che disciplina l'adattamento automatico dell'ordinamento nazionale al diritto internazionale consuetudinario, nel cui novero dovrebbero ricondursi i principi della convenzione EDU in quanto attinenti a diritti fondamentali dell'uomo che, di regola, sostanziano norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.

Vi è stato infine anche chi ha invocato l'art. 11 della Cost., già applicato dalla Corte Costituzionale per fondare – in termini di autolimitazione della sovranità nazionale - il primato del diritto comunitario rispetto alle fonti primarie interne, seppur nell'ambito di una ricostruzione di tipo dualistico che considera l'ordinamento comunitario e quello nazionale formalmente distinti, anche se reciprocamente coordinati.

La Corte costituzionale - con la sentenza n. 188 del 1990 – ha valorizzato il rango legislativo dell'atto di ratifica ed ha rilevato la natura di fonte primaria delle disposizioni della convenzione EDU.

Con la successiva sentenza n. 10 del 1993, la Corte ha invece affermato la prevalenza delle disposizioni convenzionali sulle norme di legge successive con esse incompatibili.

Successivamente, con la sentenza n. 388 del 1999, la Corte ha riconosciuto la rilevanza delle previsioni della CEDU ai fini della 'interpretazione conforme' delle norme di legge interne.

Tale dichiarata rilevanza a fini interpretativi del quadro normativo nazionale non risolveva tuttavia la questione del criterio risolutivo delle antinomie normative nelle ipotesi di conflitto non superabile in via interpretativa e non riconosceva il carattere materialmente costituzionale delle disposizioni della convenzione: al contrario, la Corte EDU - nel caso *Loizidou c. Turchia* (Corte EDU, 1995) - ha definito la convenzione come "strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo".

In linea con tale orienta

mento, la Corte di Cassazione - nella applicazione delle disposizioni della legge n. 89 del 2001 c.d. legge "Pinto" (e con particolare riferimento ai criteri di quantificazione dell'indennizzo per violazione del principio di ragionevole durata del processo) - si è ritenuta vincolata alla interpretazione del quadro normativo in conformità alla giurisprudenza della Corte EDU, dal momento che l'interpretazione delle disposizioni convenzionali è istituzionalmente riservata alla Corte EDU.

In alcune pronunce la Corte di Cassazione ha anche affermato la 'diretta' applicabilità delle regole della convenzione, con conseguente obbligo del giudice nazionale di 'disapplicare' le disposizioni interne difformi (Cass., sez. I, 12 maggio 1993, *Medrano*; caso *Scordino*, 2004).

Senonché, a seguito della modifica del Titolo V della Costituzione ad opera della legge costituzionale n. 3 del 2001 e, in particolare, della riformulazione dell'art. 117, primo comma, la Corte Costituzionale ha operato una rilettura complessiva della problematica.

In particolare con le note sentenze n. 348 e 349 del 2007, la Corte Costituzionale ha ancora negato che le disposizioni della CEDU abbiano efficacia diretta nell'ordinamento interno, negando il potere dei giudici nazionali di disapplicare la normativa interna difforme: per la Corte, è dunque preclusa la possibilità di un sindacato diffuso sui possibili contrasti fra la disciplina nazionale e la CEDU, sicché ogni antinomia deve essere risolta attraverso il 'controllo accentrato di costituzionalità'.

La Corte ha precisato altresì che, al fine di risolvere un possibile contrasto fra la normativa interna e le disposizioni della CEDU, i giudici interni sono tenuti ad applicare il criterio dell'interpretazione conforme e solo in caso di sua insufficienza possono sollevare una questione di legittimità costituzionale. Ciò significa che ogni giudice interno, a fronte di un possibile contrasto, deve cercare di risolverlo in via interpretativa, scegliendo, ove possibile, il significato della norma interna che sia conforme al testo ed allo spirito della CEDU; inoltre l'impossibilità di una

interpretazione conforme dovrà essere congruamente motivata anche ai fini della rilevanza della questione di costituzionalità.

Nello stesso tempo, pronunciandosi per la prima volta sulla portata del nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., con le sopra richiamate sentenze del 2007, la Corte Costituzionale ha rilevato la portata innovativa di tale disposizione.

Prima della riforma del 2001, infatti, la Costituzione non contemplava alcuna disposizione suscettibile di assoggettare l'ordinamento nazionale all'obbligo di rispettare il diritto internazionale pattizio: l'art. 117, primo comma, ha dato 'copertura costituzionale' all'obbligo per l'Italia di rispettare i trattati internazionali e, pertanto, anche la Convenzione EDU.

L'art. 117 Cost. viene così a rappresentare il presidio costituzionale della CEDU e giustifica l'accentuata resistenza all'abrogazione della normativa interna di adattamento rispetto alle disposizioni nazionali successive, derogando al principio della successione di leggi nel tempo.

Allorquando non sia possibile risolvere l'antinomia fra la norma interna e quella della CEDU per via interpretativa, il giudice nazionale deve sollevare questione di costituzionalità della disciplina interna assumendo a parametro di legittimità costituzionale l'art. 117, primo comma, del quale la CEDU funge da norma interposta. L'art. 117 Cost. si limita infatti a sancire l'obbligo per lo Stato e per le Regioni di rispettare gli obblighi internazionali di rango pattizio, ma non ha un contenuto materiale autonomo, in grado di fungere da parametro di valutazione per un giudizio di legittimità costituzionale che deve essere invece rinvenuto nelle disposizioni della CEDU secondo il meccanismo delle norme interposte, con funzione integrativa del dettato costituzionale.

In applicazione della nota teoria dei "contro limiti", invocata nella ricostruzione dei rapporti tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento interno, la Corte Costituzionale, con le citate sentenze, ha altresì riaffermato il proprio potere di accertare preliminarmente la conformità alla Costituzione della disposizione della CEDU invocata quale parametro interposto del giudizio di costituzionalità, operando un 'bilanciamento dinamico' tra l'obbligo internazionale e costituzionale di conformazione e il valore costituzionale da salvaguardare.

Sebbene i principi affermati dalla Corte Costituzionale con le sentenze 348 e 349 del 2007 siano stati successivamente ribaditi ad es. con la sentenza n. 187 del 2010<sup>1</sup> e, più di recente, con la sentenza n. 210 del 2013, non sono mancate ulteriori pronunce giurisprudenziali che hanno affermato la diretta applicabilità delle disposizioni della CEDU, con conseguente obbligo da parte

---

<sup>1</sup> La sentenza n. 187 del 2010 ha rilevato il contrasto con il principio di non discriminazione, sancito dall'art. 14 della CEDU, della normativa interna che subordina la concessione dell'assegno di invalidità agli stranieri, legalmente soggiornanti in Italia, alla titolarità della carta di soggiorno e cioè all'ulteriore requisito della presenza nel territorio dello Stato da almeno cinque anni atto a generare una discriminazione dello straniero nei confronti del cittadino. Cfr. altresì Corte cost., 7 marzo 2011 n. 80 nonché 11 novembre 2011, n. 303.

del giudice di disapplicare le disposizioni interne con esse contrastanti ovvero di colmare eventuali lacune dell'ordinamento interno con le disposizioni della Convenzione.

In tal senso si sono motivatamente pronunciati Cons. St., sez. IV, 2 marzo 2010, n. 1220 e TAR Lazio, sez. II bis, 18 maggio 2010, n. 11984, che hanno ritenuto di poter desumere la diretta applicabilità delle disposizioni CEDU dalla “comunitarizzazione” della convenzione CEDU ad opera dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona<sup>2</sup>. In particolare, la citata sentenza della sez. IV ha statuito che – a tutela di una posizione giuridica soggettiva per la quale l'ordinamento interno non forniva una specifica azione esecutiva a sua tutela – la medesima azione era proponibile in base agli artt. 6 e 13 della CEDU.

Similmente, la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 11 del 2008 ha affermato che il giudice nazionale deve emanare le proprie statuizioni di ordine processuale tenendo conto della regola della parità delle parti, contenuta nell'art. 6 della CEDU, ‘direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale’.

Questa tesi è stata però criticata dalla dottrina<sup>3</sup> e di recente non è stata condivisa dalla stessa Corte di Giustizia UE con sentenza, grande sezione, 24 aprile 2012 C-571/10, *Servet Kaberaaj*, secondo cui il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la

---

<sup>2</sup> L'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea recita: “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. 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”. Secondo Tar Lazio - Roma, sez. II-bis, 18 maggio 2010 n. 11984 “Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno.

<sup>3</sup> CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), secondo il quale se è vero che “il Trattato Unione Europea, per come modificato dal Trattato di Lisbona, consente l'adesione dell'Unione alla CEDU” è vero anche che “non solo tale adesione deve ancora avvenire, secondo le procedure del protocollo n. 8 annesso al Trattato, ma soprattutto non comporterà l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario, bensì - semplicemente - una loro utilizzabilità quali principi generali del diritto dell'Unione al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. Ad avviso di chi scrive, quindi, il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale”. Cfr. altresì CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94 con il quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha stabilito che la Comunità non può aderire alla CEDU poiché il trattato CE non riconosce alcuna competenza in capo alle istituzioni comunitarie per emanare norme o concludere accordi internazionali in materia di diritti dell'uomo.

convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa<sup>4</sup>.

Ciò non di meno e venendo dunque al quesito in oggetto, già con riferimento al vigente quadro normativo e quanto meno in una prospettiva *de iure condendo*, ritiene questo Consiglio che occorra interrogarsi sulla possibilità di riconoscere al giudice nazionale il potere di disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con la CEDU in attuazione del principio della gerarchia delle fonti: secondo quanto precisato dalla stessa Corte Costituzionale con le sentenze richiamate, le disposizioni della CEDU nel nostro ordinamento hanno un rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria.

Si impone pertanto la necessità di dare prevalenza alla fonte sovraordinata, secondo quanto precisato anche da questo Consiglio nelle ipotesi di contrasto tra legge e regolamento; e ciò, *a fortiori*, nel caso di specie in cui la prospettata tesi della disapplicazione si pone quale rimedio necessario al fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali, che risulterebbe certamente vulnerata dalla necessità di attendere i tempi di definizione dell'incidente di costituzionalità (e che comporterebbe anche disparità di trattamento, rispetto alla tutela che possono accordare i giudici degli altri Stati aderenti alla CEDU, nei quali non si dubita che nel contrasto tra la legge nazionale e la disposizione CEDU debba questa comunque prevalere senza necessità della sentenza della Corte o del Consiglio Costituzionale).

Va, dunque, esaminata con favore la possibilità di modifiche al sistema convenzionale che, in determinate ipotesi, chiariscano (ovvero introducendo la relativa regola) che effettivamente sussiste per ogni giudice nazionale il potere di disapplicare la 'legge contrastante', per garantire pari

---

<sup>4</sup> Nella citata sentenza la Corte di giustizia UE ai paragrafi da 59 a 63, afferma: "Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede in sostanza se, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la CEDU, il richiamo a quest'ultima effettuato dall'articolo 6 TUE imponga al giudice nazionale di dare diretta attuazione alle disposizioni di tale convenzione, nella fattispecie all'articolo 14 della medesima nonché all'articolo 1 del Protocollo n. 12, disapplicando la norma di diritto nazionale in conflitto, senza dovere previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale.

Ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali, così come garantiti dalla CEDU e quali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Tale disposizione del Trattato UE consacra la giurisprudenza costante della Corte secondo la quale i diritti fondamentali sono parte integrante dei principi generali del diritto dei quali la Corte garantisce l'osservanza (v., segnatamente, sentenza del 29 settembre 2011, *Elf Aquitaine/Commissione*, C-521/09 P, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 112).

Tuttavia, l'articolo 6, paragrafo 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale.

Si deve pertanto rispondere alla seconda questione dichiarando che il rinvio operato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa".

In senso conforme alla richiamata sentenza della Corte di giustizia UE cfr. Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010 n. 3760; Tar Campania - Napoli, sez. I, 29 luglio 2010 n. 17173; Tar Lombardia - Milano, sez. III, 15 settembre 2010 n. 5988.

effettività di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali, nell'ambito dei Paesi aderenti alla Convenzione, anche in un'ottica deflattiva del contenzioso presso la Corte EDU e nel rispetto del principio di sussidiarietà dei rimedi giurisdizionali.

Al contempo, questo Consiglio ritiene che vada accolto favorevolmente l'istituto della 'procedura di consultazione', nella forma del parere consultivo previsto dal punto 12, lett. d), della dichiarazione di Brighton e del Protocollo 16 (c.d. *advisory opinion*), per consentire al giudice nazionale di adire direttamente la Corte EDU allo scopo di ottenere una pronuncia interpretativa sulla portata delle disposizioni della Convenzione, la cui applicazione venga in rilievo nel giudizio a quo, almeno con riferimento alle questioni di principio.

Non vi sono ragioni per escludere che a tale parere possa riconoscersi natura vincolante per il caso di specie (ora esclusa dall'art. 5 del Protocollo 16); appare tuttavia opportuno ricollegare a siffatta natura un effetto preclusivo rispetto alla possibilità di proporre, successivamente, un ricorso alla Corte EDU avverso la sentenza del giudice di ultima istanza che, a tale parere, si sia doverosamente uniformato.

Infatti, è opportuno che la procedura di consultazione sortisca effetti deflattivi e non, al contrario, un ulteriore aggravio di lavoro per la Corte EDU.

Si tratta, in sostanza, di estendere al sistema convenzionale meccanismi analoghi a quelli previsti in caso di antinomie tra norme del diritto nazionale e diritto dell'Unione europea.

L'introduzione di una norma che chiarisca (o introduca) la possibilità di un sindacato diffuso, oltre a migliorare l'effettività della tutela, consentendo di risolvere l'antinomia sin dalla prima istanza giudiziale in favore delle norme CEDU, avrebbe altresì un significativo effetto deflattivo sul contenzioso in essere presso la Corte EDU ed anche presso la Corte Costituzionale e si porrebbe come importante strumento di attuazione della cooperazione giudiziaria in chiave di sussidiarietà.

Al fine di non limitare eccessivamente il c.d. "margine di apprezzamento e di adattamento" del legislatore nazionale e della Corte Costituzionale nell'attività di conformazione e di recepimento dei diritti e delle libertà fondamentali previste dalla CEDU, nel contesto nazionale, il potere giudiziale di disapplicazione potrebbe essere opportunamente limitato alle ipotesi di "violazione manifesta" della CEDU da parte di norme interne, prescrivendo per le questioni di massima l'obbligo di attivare la procedura di consultazione, quanto meno in capo agli organi giurisdizionali di ultima istanza, ferma in ogni caso la competenza della Corte Costituzionale a giudicare i casi in cui vengano in rilievo questioni impicanti scelte politiche di bilanciamento di valori costituzionali.

In tal modo, in presenza di una sentenza della Corte EDU che accerti la violazione di un diritto o di una libertà fondamentale ad opera di una disposizione interna (c.d. "sentenza pilota"), i giudici nazionali potrebbero procedere alla sua diretta disapplicazione, senza attenderne

l'abrogazione per via legislativa o in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale, così assicurando tempestività e quindi effettività di tutela, evitando, al contempo, anche l'insorgere di contenziosi seriali, tali da incidere sull'efficienza dei sistemi giudiziari, anche in termini di ragionevole durata dei processi.

In conclusione questo Consiglio di Stato è dell'avviso che vada considerata con favore la possibilità di introdurre modifiche al sistema convenzionale finalizzate al riconoscimento, nei limiti precisati, del potere di disapplicazione in capo alle autorità giudiziarie nazionali, per superare le ipotesi di conflitto tra norme interne e norme convenzionali, unitamente alla possibilità di adire da parte delle medesime autorità le Corte EDU mediante la procedura di consultazione.

Peraltro poiché il Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 100 della Costituzione italiana, è organo di "consulenza giuridico amministrativa e di tutela della giustizia nell'amministrazione", la possibilità di richiedere pareri consultivi alla Corte EDU dovrebbe essergli riconosciuta non solo nel corso del procedimento di decisione dei ricorsi straordinari (cui va riconosciuta natura giurisdizionale, così come più volte chiarito dalle Sezioni Unite della Cassazione e dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), ma anche nell'esercizio della funzione consultiva quando si tratti di schemi di atti regolamentari del Governo, affinché anche le disposizioni di rango secondario risultino sempre coerenti con le esigenze di tutela dei diritti e le libertà fondamentali presidiate dalla Convenzione.

Documento a cura dell'Ufficio Studi e massimario della Giustizia amministrativa.

Estensori: Pres. L. Maruotti e Cons. L. Monteferrante