



MICHELE PAPPONE\*

## IL RECEPIMENTO DELLA CEDU NELL'ORDINAMENTO INTERNO: UN'ANALISI DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Convenzione europea e modelli monistici: Francia, Spagna, Olanda e Belgio - 3. Convenzione europea e modelli dualistici: Germania e Regno Unito - 4. Considerazioni conclusive.

### 1. Premessa

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ed attualmente ratificata da 47 Stati, rappresenta uno dei trattati più efficaci ed effettivi al mondo in materia di tutela dei diritti umani. Essa, tuttavia, si differenzia dalla generalità degli accordi internazionali giacché prescinde dal rispetto del principio di reciprocità ai fini dell'applicazione della stessa all'interno degli Stati parti. Tale argomento è ricavabile tanto dalla lettura del sopraccitato art. 1 nonché dal principio espresso dalla stessa Corte di Strasburgo nella decisione *Irlanda c. Regno Unito*: «la Convenzione [...] va oltre ad una rete di impegni sinallagmatici bilaterali, essa crea obblighi oggettivi che, ai sensi del suo preambolo, beneficiano di una garanzia collettiva»<sup>1</sup>. Congiuntamente, la Convenzione lascia margini di discrezione, in capo agli Stati aderenti, circa le modalità idonee a garantire una corretta osservanza delle norme in essa contenute. Tale libertà è stata ulteriormente confermata nella sentenza *McCann c. Regno Unito*, ove è stato affermato che «né l'art. 1 né l'art. 13 impongono agli Stati una modalità precisa volta ad assicurare nel diritto interno l'applicazione effettiva delle disposizioni della Cedu»<sup>2</sup>.

La Corte ha dichiarato, inoltre, che gli Stati non sono tenuti a incorporare formalmente la Convenzione nel diritto interno ma ciò che rileva è «la sostanza dei diritti e delle libertà, la quale deve essere assicurata nell'ordinamento giuridico interno a tutti, secondo la giurisdizione degli Stati contraenti»<sup>3</sup>. Viene sancita, dunque, un'obbligazione di risultato anziché di mezzo, atteso che gli Stati a seguito della loro adesione alla CEDU sono

\* Dottorando di ricerca in *Innovazione e Gestione delle risorse pubbliche*, Università degli studi del Molise.

<sup>1</sup> ECDH, *Irlanda c. Regno Unito*, 5310/71, 18-1-1978.

<sup>2</sup> ECDH, *McCann c. Regno Unito*, 18984/91, 27-9-1995. In senso conforme, *ex multis*, ECDH, *Svezia c. Swedish Engine Drivers Union*, 5614/72, 6-2-1976.

<sup>3</sup> ECDH, *Soering c. Regno Unito*, 14038/88, 7-7-1989.

tenuti a rispettare le garanzie contenute nella Convenzione. Tale è l'obiettivo di risultato prefissato dall'art. 1, il quale deve necessariamente essere letto in combinato con l'art. 46 della CEDU, laddove si dispone il corollario applicativo dell'obbligo, per le Alte Parti contraenti, di conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti. Lo Stato, dunque, è responsabile nei confronti dell'ordinamento internazionale e tale responsabilità investe tutte le autorità operanti sul suo territorio, in primo luogo quelle costituzionali.

L'ampia libertà di scelta circa l'incorporazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rende interessante esaminare in questa sede la «forza» che la Convenzione ha assunto all'interno della gerarchia delle fonti dei vari Stati, in comparazione tra loro e in raffronto con l'esperienza italiana ove le c.d. «sentenze gemelle» del 2007 della Corte costituzionale hanno segnato una tappa fondamentale nell'acceso dibattito interno<sup>4</sup>. Dall'esame del rilievo giuridico della Convenzione nel diritto nazionale, infatti, è possibile desumere il suo impatto interno e la sua eventuale preminenza rispetto alle Costituzioni e/o alle leggi ordinarie.

A tal proposito, si rileva una certa varietà di soluzioni all'interno degli Stati aderenti alla Convenzione, che si differenziano in base al modello giuridico adottato. La maggior parte degli ordinamenti, infatti, si basa sul c.d. «approccio monista» – il quale deve a Hans Kelsen il contributo più significativo – secondo cui norme internazionali e norme nazionali appartengono al medesimo sistema<sup>5</sup>. Al contrario, nei modelli di stampo «dualista» – la cui elaborazione si deve a Heinrich Triepel – si tende a separare norme internazionali da norme nazionali, conferendo alle prime un rilievo intermedio nella gerarchia delle fonti.

Se nell'impostazione monista non sorgono particolari dubbi circa il recepimento immediato della Convenzione nel diritto interno giacché, essendo essa parte integrante di un unico sistema, si ritiene possa applicarsi immediatamente nel diritto interno, senza alcuna necessità di rinvii formali, assumendo così una posizione sovraordinata rispetto alla legislazione ordinaria<sup>6</sup>, maggiori problemi afferiscono al modello dualista. In tal caso, infatti, è il procedimento di adattamento del diritto interno che rende applicabile la norma di diritto internazionale, e solo da tale momento si potrà individuare l'effettiva posizione della Convenzione nel sistema medesimo. Come ben noto, con l'adattamento ordinario, l'ordinamento interno genera un atto solitamente legislativo che riproduce integralmente il

---

<sup>4</sup> Corte costituzionale, sent. n. 348 del 24-10-2007 e n. 349 del 24-10-2007, e più recentemente sent. n. 49 del 26-3-2015. Con tali decisioni, la Corte costituzionale ha riconosciuto alla CEDU il ruolo di parametro interposto di costituzionalità. Sull'argomento, v., *ex multis*, M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, Nota a C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 348 e C. Cost. 24 ottobre 2007, n. 349, in *Giur. cost.*, 2007, fasc. 5, 3564-3574; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, fasc. 3, 14-18; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117 Cost.: un passo avanti, due indietro?*, in *I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie*, 2007, fasc. 3, p. 26-45; F. BIONDI DAL MONTE, F. FONTANELLI, *The Decisions no. 348 and 349/2007 of the Italian Constitutional Court: the Efficacy of the European Convention in the Italian Legal System*, *Germ. Law Jour.*, 2008, p. 889; 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 [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>5</sup> J. CRAWFORD, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, 2012, 48-50; P. IVALDI, *Istituzioni di diritto internazionale*, a cura di S.M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA, Giappichelli, 2006, p. 126.

<sup>6</sup> Cfr. D. SZYMCZAK, *La Conv. EDH et le juge constitutionnel national*, 2007, Bruylant, p. 49; A. CALIGIURI, N. NAPOLETANO, *The application of the ECHR in the domestic systems*, in *It. YB Int. Law*, Vol. XX, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2011, p. 127.

contenuto materiale della norma internazionale senza, però, richiamarla. Con l'adattamento speciale, invece, si emana un «ordine di esecuzione» mediante il quale lo Stato rinvia in blocco alle norme contenute nel trattato o accordo internazionale. Detto ordine di esecuzione, nello specifico, può essere contenuto sia in una legge costituzionale, sia in una legge ordinaria sia in un decreto amministrativo, e le norme internazionali così richiamate assumono nel diritto interno il rango dello strumento normativo adottato contenente l'ordine di esecuzione. Da tale premessa, dunque, occorre guardare al *modus* con cui il diritto internazionale è recepito ed in particolare nel caso di adattamento speciale al rango assunto dall'ordine di esecuzione, al fine di individuare la posizione giuridica assunta dalla Convenzione nel diritto interno.

Non mancano, infine, posizioni singolari ove la Convenzione finisce addirittura per assumere una posizione di supremazia rispetto alle stesse norme costituzionali, come si vedrà nel prosieguo del presente lavoro.

Preso atto della situazione appena descritta, nel mese di marzo del 2015, a Bruxelles, si è tenuta una Conferenza di Alto livello dedicata, per l'appunto, all'implementazione della Convenzione europea sui diritti umani<sup>7</sup>, ove i rappresentanti dei governi hanno adottato all'unanimità la Dichiarazione di Bruxelles ed il relativo Piano d'Azione.

All'interno della Dichiarazione e del connesso Piano d'Azione, orbene, non solo è stato riaffermato l'importante e duraturo impegno degli Stati firmatari alla protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali – e sin qui nessun aspetto di novità – ma anche l'obiettivo di voler arricchire il dialogo tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e le Corti supreme nazionali, giacché sono queste ultime, in primo luogo, sulle quali grava la responsabilità nell'applicazione ed implementazione delle norme contenute nella CEDU.

## 2. Convenzione europea e modelli monistici: Francia, Spagna, Olanda e Belgio

Iniziando l'esame comparato dai paesi di tradizione monista, è possibile notare come ivi la Convenzione assume generalmente un'efficacia sopra-legislativa, pur sempre nel rispetto della Costituzione. Talvolta sono le stesse carte costituzionali a conferire siffatto riconoscimento normativo ai trattati internazionali, tra i quali è compresa la stessa CEDU. Altre volte, invece, l'ambiguità delle norme costituzionali ha reso necessario un intervento chiarificatore dei giudici costituzionali al fine di specificare la collocazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo all'interno della gerarchia delle fonti.

Tra i paesi a base monista rientra senza dubbio la Francia, giacché i trattati internazionali confluiscono automaticamente nell'ordinamento interno a seguito della loro pubblicazione nella Gazzetta. Punto di partenza, a tal proposito, è la norma contenuta nell'art. 55 della Costituzione del 1958, secondo la quale i trattati o gli accordi regolarmente ratificati (o approvati) godono di un'autorità superiore rispetto alle leggi interne<sup>8</sup>. Precedentemente, già i commi 14 e 15 del preambolo della Costituzione del 1946

<sup>7</sup> High-level Conference on the «Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility», *Bruxelles Declaration*, 27 marzo 2015, disponibile nella versione inglese al seguente link: [http://www.echr.coe.int/Documents/Brussels\\_Declaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf)

<sup>8</sup> Art. 55, Costituzione della Repubblica Francese, 4 ottobre 1958: «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*».

riconoscevano ai trattati internazionali una considerazione superiore a quello della legge; si affermava, da un lato, la conformità della Repubblica francese alle regole del diritto pubblico internazionale e, dall'altro, l'adesione alle limitazioni di sovranità necessarie per l'organizzazione e la difesa della pace. Nonostante l'inequivoca intenzione del legislatore costituzionale di attribuire un rilievo superiore alle norme internazionali, in un primo tempo il *Conseil constitutionnel*, con la sua decisione in materia d'interruzione volontaria della gravidanza (nota anche con l'acronimo IVG), si è rifiutato di valutare la conformità della legge nazionale rispetto ai trattati<sup>9</sup>. Nello stesso anno, la Corte di cassazione francese, con l'*arrêt* Jacques Varbre, non solo si riconobbe competente ad esercitare il controllo di «*conventionnalité*», ma essa dichiarò anche la prevalenza dei trattati internazionali sia sulle leggi anteriori che su quelle posteriori<sup>10</sup>, a differenza di quanto affermato dal *Conseil d'État* secondo il quale, in caso di conflitto, doveva prevalere la legge posteriore anche rispetto alla normativa internazionale<sup>11</sup>. Un *revirement* si è avuto soltanto nel 1989 con l'*arrêt* Nicolo<sup>12</sup>, quando l'organo di suprema istanza della giustizia amministrativa ha riconosciuto la preminenza dei trattati sulla legislazione interna, attribuendo così alla Convenzione un peso superiore rispetto alle leggi ordinarie.

Da tale presupposto consegue la possibilità, per la giurisdizione ordinaria e amministrativa, di disapplicare l'eventuale normativa in contrasto con una disposizione della CEDU. Al pari di quanto accade nell'ordinamento italiano, la norma ritenuta in contrasto con l'apparato convenzionale non potrà essere espunta dall'ordinamento fino a che non intervenga il Legislatore stesso abrogandola, ovvero il giudice costituzionale con una pronuncia di illegittimità a seguito del rinvio operato dalla *Cour de cassation* o dal *Conseil d'État*<sup>13</sup>.

La *primauté* del diritto internazionale sul diritto interno è rimasta incondizionata fino alla prima metà degli anni '90, quando lo stesso *Conseil d'État* ha affermato che la supremazia delle norme contenute nei trattati incontra comunque il limite del rispetto della Carta costituzionale<sup>14</sup>. A tale orientamento, si sono allineati successivamente sia la *Cour de cassation*<sup>15</sup> sia il *Conseil constitutionnel*<sup>16</sup>, il quale è l'unico organo competente al sindacato di costituzionalità di una norma prima della sua entrata in vigore.

Deve sottolinearsi, infine, che la dicotomia diritto costituzionale e diritto convenzionale prescinde da ulteriori distinzioni tra diritto internazionale in senso stretto e diritto dell'Unione europea, atteso che anche a quest'ultimo si applicano i medesimi principi elaborati in relazione al primo.

In Spagna, a norma dell'art. 96 della Costituzione, i trattati internazionali entrano a far parte dell'ordinamento interno a seguito della loro pubblicazione ufficiale in Spagna, venendo così considerati fonti del diritto a tutti gli effetti<sup>17</sup>. Il procedimento di ratifica dei

<sup>9</sup> Conseil Constit., *dec.* n° 74-54 DC du 15-1-1975,.

<sup>10</sup> Cass., *Ch. mixte*, ar. 24-5-1975, *Jacques Varbre*.

<sup>11</sup> Cons. Et., ar. 1-3-1968, *Synd. Général des fabricants de semoules de France*.

<sup>12</sup> Cons. Et., *ass.*, ar. 20-10-1989, *Nicolo*.

<sup>13</sup> La riforma costituzionale del 23 luglio 2008 ha inserito nella Costituzione un nuovo articolo 61-1 e modificato l'articolo 62 per creare una procedura d'esame per via d'eccezione della costituzionalità delle leggi.

<sup>14</sup> Cons. Et., *ass.*, ar. 30-10-1998, *Sarran, Levacher et autres*.

<sup>15</sup> Cass., *ass. plén.*, 2 giugno 2000, *Fraisse*.

<sup>16</sup> Conseil Const., *dec.* n. 2006-540 DC du 27-7-2006.

<sup>17</sup> Art. 96.1 *Const. Esp.*: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

trattati internazionali, inoltre, è sancito all'art. 94, comma primo, lett. c) della Costituzione, il quale ha permesso alla Convenzione europea di essere ratificata in Spagna nel 1979<sup>18</sup>. Le norme sopraccitate devono essere lette con l'art. 10, comma secondo, in base al quale «i principi riguardanti i diritti e le libertà fondamentali riconosciute dalla costituzione devono essere interpretate in conformità con la Dichiarazione Universale dei diritti umani e con i trattati ed accordi internazionali ratificati dalla Spagna»<sup>19</sup> e con l'art. 95, comma primo, secondo il quale la stipula di un trattato internazionale che contenga clausole contrarie alla Costituzione comporta la previa revisione costituzionale<sup>20</sup>. Tale combinato disposto induce a ritenere che la Costituzione spagnola attribuisca implicitamente natura *sub*-costituzionale ma al contempo *supra*-legislativa alla CEDU.

Per ciò che riguarda, a questo punto, il rapporto tra ordinamento spagnolo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sebbene sia pacificamente riconosciuto in capo ai giudici la possibilità di disapplicare la normativa interna confliggente con i trattati<sup>21</sup>, il medesimo potere viene messo in discussione laddove si sposti il parametro di riferimento sulla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Prima *facie*, una simile preoccupazione non avrebbe ragion d'essere in virtù del riconoscimento del più ampio potere conferito ai giudici di disapplicare la legge nazionale ove essa si ponga in contrasto con i trattati internazionali di cui all'art. 96 della Costituzione. Ciononostante, sia la distinzione operata tra l'art. 96 e l'art. 10 della Costituzione, da un lato, sia la mancata presa di posizione della Corte costituzionale spagnola, dall'altro, rendono ancora dibattuta l'anzidetta questione. Secondo alcuni autori, invero, spetta soltanto al giudice costituzionale il potere di sindacare sulla legittimità convenzionale di una norma di diritto interno a seguito di questione sollevata da parte dei giudici comuni<sup>22</sup>. Non sembrano esservi dubbi, invece, per ciò che concerne la posizione di preminenza della Costituzione sui trattati internazionali: corte costituzionale e dottrina, infatti, si mostrano piuttosto salde nell'affermare il primato della Costituzione all'interno della gerarchia delle fonti<sup>23</sup>.

Il sistema belga, invece, si caratterizza per la sua recente conversione da sistema dualista a sistema monista, nonché per la riforma costituzionale avvenuta nel 1970, a seguito della quale è stato introdotto nella Costituzione il nuovo art. 34, il quale prevede la possibile cessione di poteri, da parte dei trattati o della legge interna, ad istituzioni di diritto internazionale pubblico<sup>24</sup>. Tale norma – inserita per porre fine alla diatriba circa la costituzionalità della partecipazione belga alle organizzazioni internazionali<sup>25</sup> – rappresenta

<sup>18</sup> *Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966*, BOE n. 243, 10 ottobre 1979.

<sup>19</sup> Art. 10.2 *Const. Esp.*: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>20</sup> Art. 95.1 *Const. Esp.*: «La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional».

<sup>21</sup> SSTC, n. 49, 22-3-1988; STC, n. 180, 31-5-1993.

<sup>22</sup> C. FERRERES, «El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Alguand reflexiones en torno a la idea de diálogo», in SAIZ ARNAIZ A., ZELAIA GARAGARZA M., *Integración Europea Poder Judicial*, 2006, 231.

<sup>23</sup> H. KELLER, A. STONE-SWEET, *A Europe of rights: The impact of the ECHR on National legal systems*, Oxford, 2012, p. 403.

<sup>24</sup> Art. 34, *Const.*: «L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public».

<sup>25</sup> *Cfr.*, G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws – A comparative Constitutional Perspective*, Europa Law Publishing, 2010, p. 83.

lo strumento giuridico attraverso il quale i trattati fanno il loro ingresso nell'ordinamento interno. Un anno dopo la novella costituzionale, la Corte di cassazione belga, con il caso *Franco Suisse Le Ski*, non ha esitato a dichiararsi competente nel sindacato degli atti legislativi in contrasto con il diritto internazionale *self-executing*, affermando così la preminenza di quest'ultimo sul diritto interno<sup>26</sup>. Prima di allora, infatti, i trattati internazionali godevano dello stesso *status* delle leggi interne, restando così assoggettati al criterio cronologico «*lex posterior derogat legi priori*»<sup>27</sup>. A seguito della pronuncia della Corte di cassazione, anche il Consiglio di Stato, limitatamente alla giurisdizione amministrativa, si è dichiarato competente a sindacare la legittimità di un atto avente forza di legge eventualmente in contrasto con i trattati internazionali, tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>28</sup>.

Maggiormente controversa, invece, è la questione se tale supremazia debba estendersi anche nei confronti del diritto costituzionale: secondo parte della dottrina, la pronuncia della Corte di cassazione deve essere letta nel senso che gli accordi internazionali godono di un'efficacia superiore sulla Costituzione<sup>29</sup>. La Corte costituzionale belga (dapprima «*Cour d'Arbitrage*», e dal 2007 «*Cour constitutionnelle*»), dal canto suo, non ha mai preso una posizione univoca. Ciò che è certo, tuttavia, è che essa, a differenza di altre corti costituzionali, si è mostrata particolarmente aperta al dialogo con i giudici sovranazionali. Sebbene la Costituzione non imponga alcun obbligo d'interpretazione conforme ai trattati, ciò non è apparso d'ostacolo per la Corte nell'interpretare i diritti e le libertà fondamentali conformemente al diritto convenzionale, ampliando così la portata e gli obiettivi di tutela della Costituzione medesima<sup>30</sup>. Tale atteggiamento di apertura della Corte costituzionale, ad avviso dello scrivente, indurrebbe a ritenere che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa assumere, nell'ordinamento belga, un trattamento di pari grado rispetto la Costituzione, almeno limitatamente la tutela dei diritti fondamentali<sup>31</sup>.

L'ordinamento olandese, infine, costituisce senza dubbio un'eccezione rispetto ai vari paesi europei sopra esaminati. In primo luogo, rileva l'assenza di un controllo di costituzionalità per le leggi emanate dal Parlamento, atteso che l'art. 120 della Costituzione preclude alle corti di operare un sindacato di costituzionalità sulle leggi e sui trattati<sup>32</sup>. Alcuni autori ritengono che la scelta di non prevedere un simile meccanismo si debba al fatto che l'Olanda non ha conosciuto, nel recente passato, quei momenti di rottura, come il rovesciamento politico in Germania al termine della dittatura o l'avvio del federalismo in Belgio, tali da indurre i padri costituenti ad introdurre nell'ordinamento interno un controllo di costituzionalità<sup>33</sup>.

<sup>26</sup> *Cass.*, 27 maggio 1971, Pas. 1971, I, p. 886.

<sup>27</sup> *Cfr.* H. KELLER, A. STONE-SWEET, *op. cit.*, p. 681 ss.

<sup>28</sup> *Cons. d'État, Orfinger*, no. 62.922, 5 novembre 1996.

<sup>29</sup> A. ALLEN, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, 2000, I, p. 142; H. BRIBOSIA, *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire*, 1996, RBDI, 61-64, p. 139.

<sup>30</sup> *Cfr.*, *ex multis*, *Cour Const.*, n. 136/2004, 22 luglio 2004; *Cour Const.*, n. 202/2004, 21 dicembre 2004; *Cour Const.*, n. 131/2005, 19 luglio 2005.

<sup>31</sup> A sostegno di tale conclusione viene in rilievo l'art. 26, 1-*bis* della Legge speciale del 6 gennaio 1989 della Corte Costituzionale, a norma del quale sono esclusi dal campo di applicazione delle questioni pregiudiziali di cui può essere investita la Corte medesima, le leggi, i decreti e ogni altra norma *ex art.* 134 della Costituzione che ratifica i trattati istitutivi dell'Unione europea o la Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o uno dei suoi Protocolli addizionali.

<sup>32</sup> Art. 120 *Grondwet*: «*The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts*».

<sup>33</sup> *Cfr.* P. POPELIER, C. VAN DE HEYNING, P. VAN NUFFEL, *Human rights protection in the European legal order: The interaction between the European and the national courts*, Intersentia, 2011, p. 287-288.

Con riguardo agli effetti interni dei trattati, poi, l'Olanda si caratterizza ulteriormente poiché riconosce preminenza incondizionata ai trattati internazionali anche rispetto al diritto costituzionale. Essi, infatti, sono considerati come parti integranti di un sistema costituzionale ben più ampio, che va oltre il testo della Costituzione olandese, conferendo loro un vero e proprio *status* sopra-costituzionale. Il monismo caratterizzante l'ordinamento olandese è ancora più marcato nella lettura degli artt. 90<sup>34</sup> e 94<sup>35</sup> della Costituzione, ai sensi dei quali, rispettivamente, il Governo è tenuto a promuovere lo sviluppo del diritto internazionale e d'altro canto nessuna legge in vigore può trovare applicazione laddove si ponga in conflitto con alcuno dei trattati o delle risoluzioni vincolanti adottate dalle organizzazioni internazionali.

Con riferimento alla CEDU, quest'ultima ha finito per assumere il ruolo di documento supremo in materia di tutela di diritti umani all'interno del sistema olandese a discapito della Costituzione. Ciò comporta, per effetto del succitato art. 94, che se una legge nazionale confligge con una norma convenzionale direttamente applicabile, i giudici dovranno applicare quest'ultima anziché la norma interna. La Convenzione, quindi, da iniziale parametro di tutela minima dei diritti umani è diventata, essa stessa, la base giuridica per la protezione di tali diritti nell'ordinamento interno. Per alcuni anni, tuttavia, un timido dibattito si è aperto circa l'opportunità di inserire un limite a tale apertura incondizionata al diritto internazionale, soprattutto in ragione della progressiva autorità conferita, indirettamente, alla Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>36</sup>. Le corti olandesi, ciononostante, non si sono discostate dalla loro vincolatività alle decisioni della Corte di Strasburgo, dando quasi dimostrazione di non poter offrire un maggiore grado di tutela a livello nazionale.

### 3. Convenzione europea e modelli dualistici: Germania e Regno Unito

Nella maggioranza dei paesi di tradizione dualista, al contrario, l'efficacia attribuita alla CEDU corrisponde sovente all'atto di diritto interno con il quale si è proceduto alla sua incorporazione, ossia la legge ordinaria. Tale situazione ha reso necessario, al contempo, conferire alla CEDU una copertura costituzionale rinforzata ovvero imporre l'obbligo d'interpretazione conforme delle norme interne rispetto al dettato convenzionale.

La Repubblica federale tedesca inizialmente ha incorporato la CEDU mediante un ordine di esecuzione interno, ossia la legge federale di ratifica («*Zustimmungsgesetz*»)<sup>37</sup> e per effetto di ciò la Convenzione ha assunto nella gerarchia delle fonti un rilievo inferiore rispetto alla Costituzione (*Grundgesetz*) e al contempo il medesimo valore della legge federale

<sup>34</sup> Art. 90 *Grondwet*: «The Government shall promote the development of the international legal orders».

<sup>35</sup> Art. 94 *Grondwet*: «Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties or of resolutions by international institutions that are binding on all persons».

<sup>36</sup> Cfr. T. BAUDET, *Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie*, su [www.nrc.nl](http://www.nrc.nl), 13 novembre 2010; E. MAK, *Report on the Netherlands and Luxembourg*, in G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The National Judicial treatment of the ECHR and EU Laws: a comparative constitutional perspective*, Europa Law Publishing, Groningen, 2010, p. 313. Si richiama, altresì, la sentenza della Corte Suprema olandese, 19 aprile 1996, NJ 1996-474, con la quale è stato affermato che la natura *self-executing* dei trattati internazionali può talvolta incontrare delle eccezioni. Con riguardo all'art. 13 della Convenzione, ad esempio, i giudici della Corte hanno statuito che esso non può essere interpretato nel senso di attribuire al sistema giudiziario interno maggiori poteri rispetto a quelli previsti dalla normativa nazionale.

<sup>37</sup> L'incorporamento della CEDU è avvenuto il 7 agosto 1952 ad opera del *Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Bundesgesetzblatt – BGBl, 1952 II 685.

ordinaria. Da tale equiparazione gerarchica dipende il quesito circa la risoluzione di un eventuale conflitto tra una norma federale e la Convenzione, così come recepita dal diritto interno. In ossequio al principio *lex posterior derogat legi priori*, orbene, la Convenzione deve cedere il passo alla legge federale più recente<sup>38</sup>.

Ciononostante, l'evoluzione della prassi applicativa della CEDU, di pari passo con la crescente rilevanza delle decisioni emesse dalla Corte di Strasburgo, ha contribuito a una parziale variazione del rapporto tra Costituzione federale e Convenzione, attribuendo a quest'ultima una natura «materialmente costituzionale». Già nel 1987, i giudici costituzionali tedeschi si sono preoccupati di limitare la portata applicativa del criterio cronologico suindicato, statuendo che il diritto tedesco, inclusa la Costituzione federale, deve essere comunque interpretato in conformità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>39</sup>. Di particolare importanza, successivamente, è stata la decisione del Secondo Senato del Tribunale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*), il quale, ribadendo la prevalenza del diritto nazionale sul diritto convenzionale, ha comunque affermato che i giudici tedeschi sono tenuti ad avvalersi, ove possibile, delle disposizioni della CEDU quale parametro di interpretazione costituzionale<sup>40</sup>. La Convenzione, pur non spiegando direttamente la propria efficacia nel corso del giudizio, influenza l'interpretazione dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali in gioco. In questo senso, vale la pena ricordare le note vicende *Preventive Detention II cases*, ove la Corte federale costituzionale ha riconosciuto alla CEDU il carattere di strumento interpretativo (*Auslegungshilfe*) nell'interpretazione dei diritti fondamentali, negando al contempo che la regola della *lex posterior* debba avere carattere assoluto nel processo interpretativo in materia<sup>41</sup>, traendo la conclusione che la Convenzione, lungi dall'assumere posizione dominante sul diritto interno, specie quello costituzionale, vede comunque attribuirsi un ruolo rilevante nell'ermeneutica dei diritti garantiti dalla Costituzione<sup>42</sup>.

Prima di esaminare la posizione della Convenzione nel sistema britannico delle fonti, è opportuno premettere alcuni richiami sul processo che ha permesso la singolare *incorporation* della CEDU nell'ordinamento interno. È noto, infatti, che il Regno Unito, dopo esser stato il primo paese firmatario a ratificare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel 1951, ha atteso circa cinquant'anni per considerarla parte integrante del diritto interno attraverso l'emanazione dello *Human Rights Act* (HRA) del 1988<sup>43</sup>. Prima di allora, l'atteggiamento nei confronti della Convenzione era poco incline a riconoscerle forza vincolante rispetto al diritto interno, ed eventuali pronunce in conformità alla Convenzione erano lasciate alla discrezionale sensibilità degli operatori giuridici<sup>44</sup>. Essa, inoltre, pur essendo qualificata come trattato internazionale non aveva immediata efficacia nel diritto interno, con la conseguenza che chiunque lamentasse la violazione di un diritto contenuto nella Convenzione, doveva adire non già il giudice comune bensì la Corte di Strasburgo, con tutte le difficoltà del caso. Verso la fine degli anni novanta, tuttavia, alcuni giudici

---

<sup>38</sup> T. GIEGERICH, *Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten*, in O. DÖRR, R. GROTE, T. MARAUHN, *EMRK/GG, Konkordanzkommentar*, 2° ed., Tubingen, 2013, p. 82 ss.

<sup>39</sup> *BVerfGE* 74, 358, 26 marzo 1987.

<sup>40</sup> *BVerfG*, 2BvR 1481/04, 14 ottobre 2004.

<sup>41</sup> E. BJORGE, *Domestic Application of the ECHR. Courts as faithful trustees*, Oxford University Press, 2015, p. 90-91.

<sup>42</sup> M. MICETTI, *L'ordinamento europeo - Volume I*, a cura di MANGIAMELI S., Giuffrè, 2006, p. 186

<sup>43</sup> *The Human Rights Act 1998*, adottato il 2 novembre 1988 ed entrato in vigore il 2 ottobre 2000, al fine di introdurre un apposito programma di formazione per i giudici a seguito della novella legislativa.

<sup>44</sup> V., *ex multis*, *Zoernsch v. Waldock*, 1964, 1 WLR 675; *Broome v. Cassell & Co.*, 1972, AC 1027.



avvertirono l'esigenza di incorporare il testo convenzionale nel diritto interno, come emerso nel corso di una discussione tenutasi presso l'*House of Lords* nel 1995, allorché *Lord Browne-Wilkinson* e *Lord Lloyd* sostennero pubblicamente l'inclusione della Convenzione nel diritto interno<sup>45</sup>. Successivamente alle elezioni vinte dal Partito Labourista, il governo di Tony Blair presentò nel 1997 il Libro Bianco *Rights Brought Home*<sup>46</sup>, che ebbe la sua definitiva consacrazione il 2 novembre 1998 con l'approvazione del succitato HRA<sup>47</sup>. L'obiettivo dichiarato dell'*Act* fu appunto quello di «riportare a casa i diritti», permettendo così ai cittadini di ricorrere direttamente alle corti nazionali per far valere la lesione dei propri diritti umani secondo le garanzie previste dalla Convenzione. L'incorporazione, invero, non è stata totale bensì circoscritta soltanto ad alcuni articoli della Convenzione, tra cui gli artt. 2-12, 14 e 16-18 nonché gli artt. 1-3 del 1° Protocollo addizionale e gli artt. 1-2 del 6° Protocollo addizionale.

Sul piano giudiziale, lo HRA vieta ai giudici di disapplicare automaticamente il diritto interno confliggente con la CEDU, ma essi possono dichiararlo incompatibile lasciando al governo il potere di porre rimedio all'eventuale situazione di contrasto<sup>48</sup>. La dichiarazione d'incompatibilità, infatti, non incide né sulla validità né sulla permanente operatività della norma contestata, sino a quando non si concluda il procedimento di revisione, la cui ultima parola spetterà al Parlamento, diversamente da quanto accade nel nostro ordinamento ove è la Corte costituzionale a detenere tale potere<sup>49</sup>.

Inoltre, diversamente da quanto previsto prima del 1998, per i giudici del Regno Unito incombe oggi il dovere di interpretare le norme nazionali in conformità alla Convenzione, tenendo conto di ogni sentenza, decisione, dichiarazione o parere consultivo della Corte europea di Strasburgo, della Commissione o del Comitato dei Ministri<sup>50</sup>.

Sul piano legislativo, ancora, lo HRA prevede una forma di controllo preventivo, secondo il quale il Ministro della Corona responsabile di un disegno di legge (*Bill*) deve rilasciare, prima della seconda lettura, una dichiarazione di compatibilità rispetto di quest'ultimo rispetto ai diritti sanciti nella Convenzione<sup>51</sup>.

L'ordinamento del Regno Unito, orbene, rientra nella categoria dei paesi appartenenti al modello dualista, giacché anche in esso diritto internazionale pattizio e diritto interno sono concepiti come due ordinamenti distinti e non comunicanti, fino a quando un intervento normativo interno non recepisca, rendendo *justiciable*, le relative norme internazionali<sup>52</sup>. Tale principio è stato altresì sancito nella vicenda nota come *International Tin Council*, ove *Lord Oliver* ebbe modo di affermare che «*as a matter of the constitutional law of the United Kingdom, the Royal Prerogative, whilst it embraces the making of treaties, does not extend to*

<sup>45</sup> *HL Debs.*, Vol. 560, p. 1148-50 e 1152-1154, 25 gennaio 1995.

<sup>46</sup> Home Office, *White Paper, Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Cm. 3782, Ottobre 1997).

<sup>47</sup> Sul rapporto tra HRA e CEDU, v., *ex multis*, S. GOSZ, J. BEATSON, P. DUFFY, *Human Rights. The 1988 Act and the European Convention*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

<sup>48</sup> HRA 1988, rispettivamente *section 4* e *section 10*.

<sup>49</sup> L. MONTANARI, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Cost: un raffronto con Francia e Regno Unito*, in *Riv., dir. pubb. comp. eur.*, 1/2008, p. 209.

<sup>50</sup> *Ibid.*, *section 2(1)*. Sull'obbligo d'interpretazione conforme secondo tale disposizione, v., *ex multis*, N. BRATZA, *The relationship between the UK courts and Strasbourg*, in *European Human Rights Law Review*, 2011, pp. 505 ss.; S. LAMBRECHT, *Bringing Rights More Home. Can a Home-grown UK Bill of Rights Lessen the Influence of the European Court of Human Rights?*, in *German Law Journal*, 2014, pp. 407 ss.

<sup>51</sup> *Ibid.*, *section 19(1)*.

<sup>52</sup> R. SAPIENZA, *Convenzione europea dei diritti umani e Human Rights Act 1988: in margine all'obbligo delle corti inglesi «to take into account» la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritti umani e dir. int.*, 2/2008, p. 259.

*altering the law or conferring rights upon individuals or depriving individuals of rights which they enjoy without the intervention of Parliament*<sup>53</sup>. Ciò premesso, la questione circa l'individuazione dello status della Convenzione è sorta soltanto a seguito dell'*incorporation* del 1998: prima di allora, infatti, la Convenzione non aveva alcuna efficacia diretta nell'ordinamento interno e inevitabilmente essa non poteva che assumere lo *status* di trattato internazionale. Con l'approvazione dello HRA, tuttavia, la situazione è mutata e non già per il recepimento dei diritti contenuti nella Convenzione, bensì per la possibilità riconosciuta ai giudici di rilevare l'eventuale incompatibilità di una norma interna con una norma convenzionale<sup>54</sup>, prescindendo dal fatto che essa sia antecedente o posteriore alla CEDU. Sebbene la dichiarazione d'incompatibilità dei giudici non abbia efficacia vincolante nei confronti del Parlamento, esse detengono un indubbio peso politico cosicché da essere «*likely to prompt government and parliament to respond*»<sup>55</sup>. Questa peculiarità ha indotto a ritenere che la Convenzione, per il tramite dello HRA, possa vedersi attribuire un tratto distintivo ulteriore rispetto agli *statutes*, tale da conferirle una natura costituzionale e dunque sopra-legislativa. Nello stesso senso possono essere lette le parole dei giudici Lord Neuberger e Lord Mance nella sentenza HS2: «*The United Kingdom has no written constitution, but we have a number of constitutional instruments. They include Magna Carta, the Petition of Right 1628, [...] the Human Rights Act 1998 and the Constitutional Reform Act 2005 may now be added to this list*»<sup>56</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive

Quanto *supra* esposto, sebbene circoscritto ad alcuni degli Stati parti della CEDU, ci offre un panorama europeo in cui la diversa considerazione interna nei confronti della CEDU si riverbera necessariamente sulla tutela interna dei diritti in questione.

Una prima soluzione, idonea a rendere più omogeneo il valore giuridico assunto dalla Convenzione nei diversi ordinamenti, potrebbe raggiungersi con la conclusione dell'accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 6 TUE, ma attualmente arenatosi dinanzi al parere negativo espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione<sup>57</sup>. Una volta che tale procedimento giungerà a conclusione, infatti, le norme contenute nella Convenzione potranno acquistare il medesimo rango giuridico delle norme previste dai Trattati – al pari delle norme inserite nella Carta di Nizza – con la conseguenza che, in caso di conflitto tra disposizione interna e disposizione convenzionale, scatterà per il giudice nazionale l'obbligo di disapplicare la prima in favore della seconda. Nelle more di tale attuazione, deve tuttavia prendersi atto dell'atteggiamento di segno opposto manifestato sia dalla Corte di Giustizia che dal Consiglio di Stato.

I giudici di Lussemburgo, nella nota vicenda «*Kamberaj*» del 2012<sup>58</sup>, si erano infatti già espressi nel senso che il richiamo alla CEDU nell'articolo 6, par. 3 TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti

<sup>53</sup> *JH Rayner Ltd c. DTI* (1990), UKHL 2 AC 418.

<sup>54</sup> HRA 1988, section 4.

<sup>55</sup> H. KELLER, A. STONE-SWEET, *op. cit.*, p. 52.

<sup>56</sup> *R (on the application of HS2 Action Alliance Limited) v. Secretary of State for Transport*, 2014, UKSC 3, [2014] 1 WLR 324, p. 207.

<sup>57</sup> CGUE, Parere n. 2/13, 18 dicembre 2014, consultabile nel sito <http://curia.europa.eu>.

<sup>58</sup> CGUE, C-571/10, sentenza 24 aprile 2012, *Servet Kamberaj c. IPES e altri*.

garantiti da tale convenzione ed una norma di diritto nazionale. Da ciò si trae la conclusione, secondo l'organo di giustizia unionale, che il rinvio operato dalla norma citata 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.

Allo stesso modo, l'Adunanza Plenaria recentemente si è pronunciata, recependo l'insegnamento summenzionato delle sentenze gemelle del 2007 della Consulta, chiarendo l'impossibilità per il giudice di disapplicare autonomamente la norma interna che si ritenga incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che questa posizione non muta neanche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>59</sup>.

Con riguardo alla seconda possibile soluzione, sebbene sia innegabile che spetti al giudice nazionale il potere di rendere effettive le garanzie previste dalla Convenzione, interpretando ove possibile il diritto interno in conformità con quest'ultima e con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, si osserva, tuttavia, come tale «obbligo d'interpretazione conforme» non equivalga sempre a garantire una perfetta convergenza tra gli ordinamenti, con la conseguenza che sembrerebbe necessario, allora, dover affidare alla stessa Corte Strasburgo il compito di guidare i giudici nazionali nella corretta interpretazione delle norme convenzionali. È in questa direzione, verosimilmente, che si muove il Protocollo n. 16 alla CEDU<sup>60</sup> – adottato nel 2013 ma ratificato finora soltanto da sei paesi – il quale all'art. 1 prevede un vero e proprio «rinvio pregiudiziale convenzionale», ossia un meccanismo plasmato sullo speculare rinvio pregiudiziale di matrice unionale attraverso il quale i giudici nazionali – precisamente le alte giurisdizioni, da definirsi *ex art.* 10 del Protocollo in questione –, sospendendo il procedimento interno, potranno chiedere un parere alla Corte di Strasburgo sulla corretta interpretazione ed applicazione di una norma contenuta nella Convenzione.

Il nuovo testo, ribattezzato dal Presidente Spielmann come «Protocollo del dialogo», potrebbe rappresentare verosimilmente una svolta nell'obiettivo comune di allineare l'implementazione della CEDU nei vari Stati contraenti secondo i principi di sussidiarietà e di «*shared responsibility*» – per utilizzare la formula adottata nell'ambito della Dichiarazione di Izmir del 27 aprile 2011 – lasciando alla Corte il compito di «supervisore» sull'interpretazione domestica della Convenzione.

<sup>59</sup> Cons. Stato, Ad. Pl., ordinanza 3 marzo 2015, n. 2.

<sup>60</sup> Il Protocollo n. 16, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa a Strasburgo il 2 ottobre 2013, entrerà in vigore, ai sensi dell'art. 8, il primo giorno del mese successivo alla scadenza di un periodo di tre mesi dalla data in cui dieci Alte Parti contraenti della Convenzione avranno espresso il loro consenso a essere vincolate dal Protocollo. Per un commento sul Protocollo n. 16, v. G. ASTA, *Il protocollo N. 16 alla CEDU: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, in *Comunità internazionale*, Vol. 68, 4, 2013, p. 773-791.