

CRIO PAPERS

N°. 21

SALVO E. LEOTTA

**CONSIDERAZIONI “ERETICALI” SUI
CONTROLIMITI ED IL MARGINE DI
APPREZZAMENTO: LA TUTELA MULTILIVELLO
DEI DIRITTI UMANI IN EUROPA TRA SCILLA E
CARIDDI?**

CRIO PAPERS N°. 21

SALVO E. LEOTTA
CONSIDERAZIONI “ERETICALI” SUI
CONTROLIMITI ED IL MARGINE DI
APPREZZAMENTO: LA TUTELA
MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI IN
EUROPA TRA SCILLA E CARIDDI?

This text may be for personal research purposes only. Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the author(s), editor(s). If cited or quoted, reference should be made to the full name of the author(s), editor(s), the title, the paper, the year and the publisher.

ISSN 2037-6006

© 2013 Salvo Emanuele Leotta
University of Catania School of Law
CRIO Centre of Research on International Organizations
Villa Cerami
I – 95124 Catania Italy

Editorial Staff

Adriana Di Stefano
Federica A. Gentile
Giuseppe Matarazzo

Graphic Project

Ena Granulo
www.studioen.it

The CRIO Papers can be found at:
<http://www.lex.unict.it/crio/crio-papers>

CONSIDERAZIONI “ERETICALI” SUI CONTROLIMITI ED IL MARGINE DI APPREZZAMENTO: LA TUTELA MULTILIVELLO DEI DIRITTI UMANI IN EUROPA TRA SCILLA E CARIDDI?

Salvo Emanuele Leotta

Contents

1. Premessa.....	4
2. Evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in Europa.....	4
3. Rapporti tra diritti fondamentali comunitari e tradizioni costituzionali statali.	10
4. La tutela multilivello tra CEDU e diritto interno statale.....	13
5. Principio di sussidiarietà nella CEDU e margine d’apprezzamento delle autorità statali.....	20
6. Basi giuridiche del margine di apprezzamento.....	22
7. Test, “filtri” e supervisione di Strasburgo.....	30
8. Conclusioni.....	37

1. Premessa.

È oramai un luogo comune descrivere il sistema di tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo come una struttura “multilivello”.

Volendo, infatti, considerarlo secondo una climax ascendente, oltre il livello delle Corti nazionali, si rinvengono istanze giurisdizionali sovranazionali: la Corte di Giustizia, interprete del diritto dell’Unione Europea e la Corte europea dei diritti dell’Uomo, garante della CEDU, entrambe operanti in funzione sussidiaria rispetto alle giurisdizioni nazionali, cioè previo esaurimento dei ricorsi interni da parte dei ricorrenti.

Altrettanto comune è l’affermazione secondo la quale la varietà ed eterogeneità degli strumenti a disposizione delle Corti sarebbe un *quid pluris*, un valore aggiunto che conferisce maggiore incisività all’azione dei giudicanti, nel duplice intento, da un lato, di giungere a pronunce costituenti risposte efficaci ed effettive alle istanze sollevatesi dal tessuto sociale in continuo divenire e, dall’altro, di tratteggiare i margini di costruzione di uno standard di tutela dei diritti fondamentali di volta in volta azionati.

Senza pretesa di esaustività, si intende qui invece dare conto di come, sovente, l’agire delle Corti rimanga imbrigliato sterilmente tra le maglie dei livelli e non si realizzi né una piena sovrapposizione-adesione tra i ragionamenti logico-argomentativi dei singoli livelli, né una “sovrabbondanza” di pronunce, anche difformi - che comunque potrebbero garantire una tutela forte dei diritti azionati.

Più spesso, ci pare invece di poter dire, in assenza di strumenti formali di raccordo tra i livelli, si riscontra un “gioco al rimbalzo” tra le diverse Corti ed un - più o meno intenzionale - trincerarsi dietro strumenti giuridici ed artifici dottrinari, al fine di evitare di entrare nel merito di questioni “calde” o “scomode”.

2. Evoluzione della tutela dei diritti fondamentali in Europa.

Prima di approfondire il discorso sullo strumentario di principi, sul *modus procedendi* delle giurisdizioni europee e sui rapporti intercorrenti tra queste e quelle nazionali, occorre

dare preliminarmente conto dell'evoluzione¹ della tutela dei diritti fondamentali nel contesto europeo.

Tale ricostruzione, avente ad oggetto radici della tutela ed implementazione dei diritti in Europa, risulta fondamentale al fine di comprendere la struttura dell'odierno sistema multilivello, dal momento che questo trae origine e risiede in maniera embrionale nei rapporti tra i neonati consessi internazionali del secondo dopoguerra e le Corti Costituzionali nazionali, nelle interrelazioni dialettiche e nelle "spinte" intercorrenti tra le istanze giurisdizionali sovranazionali, da un lato, e la "carica" di principi e valori di cui le Carte Costituzionali (molte appena ratificate) erano latrici, dall'altro.

Prendendo le mosse dai Trattati di Parigi e Roma degli anni '50, istitutivi delle Comunità Europee, in un originario quadro giuridico ed istituzionale nel quale le sole libertà previste erano quelle funzionali all'unificazione del mercato², si nota che l'iniziale processo di integrazione comunitaria non considera essenziale la garanzia dei diritti costituzionali degli individui. Il riconoscimento dell'obbligo di tutela dei diritti fondamentali contemplati dalle costituzioni nazionali avrebbe inficiato, infatti, l'autonomia dell'ordinamento europeo, che si volle dotato di funzioni limitate, in tale fase, ai soli settori economici³.

I diritti fondamentali garantiti dagli Stati, assunti come parametri di legittimità degli atti normativi comunitari, avrebbero avuto come risultato la compressione dell'azione europea, la quale si prefiggeva come scopo principale la liberalizzazione del mercato.

¹ Cfr. BUTTURINI D., *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, E.S.I., Napoli, 2009; AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo e i diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di CARTABIA M., Bologna, il Mulino, 2007; CARTABIA M., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009/3, pp. 537 e ss.

² Si pensi alle previsioni contemplate dal Trattato CEE sulla libertà di circolazione delle merci (artt.9 e 37), dei capitali (art.67), dei lavoratori (art.48), ecc. Sull'assenza della garanzia dei diritti fondamentali sistema comunitario cfr. LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, p.367; MANZELLA A., *Dal mercato ai diritti*, in *Riscrivere i diritti in Europa*, a cura di MANZELLA A., MELOGRANI P., PACIOTTI E., RODOTA' S., Bologna 2001, p.29.

³ Cfr. WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario europeo*, Bologna 1985, pp.141 e ss.; MANCINI F., *La tutela dei diritti dell'uomo. Il ruolo della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, p.4.

Al riguardo, le prime sentenze⁴ della Corte di Giustizia sono esemplari nel far comprendere le ragioni - inerenti ai rapporti tra Comunità e Stati - che fondano l'iniziale indifferenza comunitaria rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. Ne deriva quindi l'irrelevanza giuridica delle discipline costituzionali degli Stati membri, in quanto non suscettibili di costituire un parametro di legittimità comunitaria.

Tali pronunce si fondano sui principi dell'unità, dell'autonomia e dell'autoreferenzialità del sistema giuridico comunitario, il quale si ritiene non possa subire limitazioni da norme estranee al diritto sovranazionale, quali sono le norme di garanzia costituzionale degli Stati.

A tali principi si accompagna, nell'approccio della Corte, una concezione dei rapporti tra Comunità europea e Stati improntata al principio delle competenze attribuite. Tale principio comporta la separazione tra le sfere materiali di competenza: da un lato, le competenze conferite dai Trattati alla Comunità e, dall'altro, quelle che rimangono in capo agli Stati, tra le quali la protezione dei diritti fondamentali, riservata in particolare alla disciplina delle rispettive Costituzioni⁵.

È possibile, dunque, desumere alcuni capisaldi che hanno caratterizzato la tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, almeno fino all'approvazione della Carta dei diritti fondamentali, avvenuta a Nizza nel 2000.

Una prima caratteristica è che nell'ambito del sistema comunitario il ruolo principale della tutela dei diritti fondamentali doveva originariamente spettare alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici. Il vuoto dei trattati non era un vuoto di tutela, perché l'ordinamento comunitario poteva contare su una robusta struttura delle Costituzioni nazionali, particolarmente attente ai diritti dei cittadini.

Una seconda caratteristica è che sul continente europeo si poteva già a quell'epoca riconoscere un chiaro pluralismo culturale in tema di diritti fondamentali.

Riconoscere il pluralismo non significa mettere in discussione la possibilità di individuare un sostrato di valori comuni ai popoli europei, possibilità già allora documentata

⁴ Cfr. Corte giust. 4 febbraio 1959, C. n. 1/58, sent. *Friedrich Stork et Co. contro l'Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1958-1959, pp. 45 e ss.; Corte giust. 21 febbraio 1960, cause riunite 16-17-18/1959, sent. *Geitling ed altri contro l'Alta Autorità della Ceca*, in *Raccolta*, 1960, pp. 46 e ss.; Corte giust. 1 aprile 1965, c.40/64 sent. *Avv. Marcello Sgarlata e altri contro la Commissione*, in *Raccolta*, 1965, pp. 272 e ss.

⁵ Cfr. WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario*, cit. pp. 141 e ss.

dalla approvazione della Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali; ma neppure significa ignorare la specificità culturale di ciascuno dei Paesi membri, che, oggi come allora, costituisce uno dei tratti distintivi dell'esperienza di integrazione europea nel mondo⁶, e che sul terreno dei diritti fondamentali ha la sua peculiare manifestazione.

Ben presto la necessità di colmare il vuoto a livello comunitario in materia di tutela dei diritti fondamentali fu avvertita da alcuni giudici nazionali, in particolare dalla Corte costituzionale tedesca e dalla Corte Costituzionale italiana, i quali giudici, a causa dell'affermazione del primato del diritto comunitario sulle norme nazionali, comprese quelle di livello costituzionale⁷, non potevano più garantire i diritti protetti dalle loro Costituzioni nei confronti del diritto comunitario; il primato consentiva agli atti comunitari di derogare alle Costituzioni nazionali, ai loro principi e ai loro diritti.

Di qui la rivendicazione da parte dei giudici nazionali di voler assicurare la tutela dei diritti fondamentali protetti dalle Costituzioni nazionali nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie.

Alla fase dell'indifferenza segue, pertanto, l'avvio del processo di riconoscimento e di enucleazione⁸ dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia, processo che risponde all'esigenza di rafforzare la legittimazione giuridica e politica dell'ordinamento europeo nei confronti degli assetti costituzionali nazionali, all'interno di un disegno mirante alla realizzazione del processo di integrazione europea.

Con le pronunce *Stauder* e *Internationale Handelgesellschaft* si introduceva per via giurisprudenziale la prima forma di protezione e si riconosceva esplicitamente, fra i compiti dell'ordinamento sovranazionale, la tutela dei diritti fondamentali: la collocazione di tali diritti nel quadro di principi generali del diritto comunitario porta all'individuazione di un nuovo

⁶ Cfr. WEILER J.H.H., *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003; WEILER J.H.H., *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in CARTABIA M. e WEILER J.H.H., *L'Italia in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2000.

⁷ Tale primato si rinviene per la prima volta nella sent. *Costa/Enel* del 1964.

⁸ Cfr. la sentenza "inaugurale" di tale "processo", Corte giust., 12 novembre 1969, c. 29/69, sent. *Erich Stauder contro città di Ulm-Sozia-lamt*, in *Raccolta*, 1969, pp. 415 e ss.; Corte Giust. 17 dicembre 1970, c.11/70, sent. *Internationale Handelgesellschaft MBH contro Ein-fuhrund Vorratsstelle fuer Getreide und Futtermittel*, in *Raccolta*, 1970, pp.1125 e ss.

parametro di legittimità interno al sistema giuridico sovranazionale, non identificabile nelle norme costituzionali degli Stati.

Le Costituzioni nazionali costituiscono, in tale impostazione, una "*fonte di ispirazione*" per la Corte di Giustizia, la quale rimane libera di calibrare la protezione dei diritti fondamentali, nel duplice ruolo di interprete delle tradizioni costituzionali degli Stati membri e di garante dei principi generali, anche non scritti, del diritto comunitario.

Successivamente, la Corte di Giustizia perfeziona il procedimento di creazione di diritti fondamentali e di determinazione del loro campo di operatività con la sentenza *Nold* del 1974⁹, nella quale viene confermato alle tradizioni costituzionali comuni il ruolo di fonte nella elaborazione ad opera della Corte della "carta dei diritti" non scritta dell'ordinamento sovranazionale¹⁰ e si affiancano, tra le "fonti di ispirazione" anche i "trattati internazionali cui gli Stati membri hanno aderito" e in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In tal modo, tali altri strumenti, ed in particolare la CEDU, arricchiscono il novero delle "ispirazioni", vengono in rilievo come strumenti interpretativi che attivano il processo comunitario di costruzione dei diritti fondamentali, perseguendo un duplice fine: da un lato, legittimare, sotto il profilo dei valori sostanziali, l'ordinamento comunitario nei confronti dei sistemi costituzionali degli Stati che consentono la garanzia dei diritti e di libertà¹¹; dall'altro, edificare un modello di protezione dei diritti fondamentali che si contemperino con l'unità e l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario.

E la giurisprudenza successiva, infatti, in riferimento al testo della CEDU ha sicuramente svolto un ruolo sempre più rilevante, mettendo persino un po' in ombra le tradizioni costituzionali comuni, fino ad arrivare agli anni più recenti in cui si assiste ad un'influenza chiara sull'elaborazione della Corte di Giustizia non solo del testo della CEDU, ma anche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sua interprete e garante.

⁹ Cfr. Corte giust., 14 maggio 1974, c.4/73, sent. *Nold, Kohlen und Baustoffgrosshandlung contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1974, pp. 491 ss.

¹⁰ Cfr. Corte giust., sent. *Nold*, cit. "*Come questa Corte ha già avuto occasione di affermare, i diritti fondamentali fanno già parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*". I precedenti a cui la Corte fa riferimento sono le pronunce *Stauder* (1969) e *Internationale Handelgesellschaft* (1970).

¹¹ Cfr. WEILER J.H.H., *Il sistema comunitario*, cit., pp. 55 e ss.

La *ratio* dello sviluppo giurisprudenziale dei diritti fondamentali è stata, dunque, quella di coprire una zona d'ombra che si era venuta a creare in seguito all'affermazione della supremazia del diritto europeo: inizialmente è stato grazie ad una giurisprudenza molto coraggiosa e creativa della Corte di Giustizia che nell'ordinamento comunitario è penetrata la tutela dei diritti fondamentali, sullo sfondo del più assoluto vuoto dei testi normativi scritti.

Solo molto tempo dopo, con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, l'articolo 6 § 2 (allora art. F) del TUE è intervenuto a dare un appiglio testuale ad una giurisprudenza ormai più che ventennale, in un'epoca in cui nessun attore dell'ordinamento comunitario avrebbe comunque messo in discussione la legittimazione dell'operato della Corte di Giustizia, affermando in modo molto generale ed essenziale che: “L’Unione rispetta i *diritti fondamentali* quali sono garantiti dalla *Convenzione europea* per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, quali risultano dalle *tradizioni costituzionali comuni* degli Stati membri, in quanto *principi generali* del diritto comunitario”¹².

Questa norma è stata poi confermata dal Trattato di Amsterdam all'art. 7, il quale ha aggiunto la previsione di una procedura "politica" di accertamento di gravi violazioni dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri, che può portare anche alla sospensione dei diritti degli Stati in questione. A quest'ultima previsione sono state introdotte alcune modifiche con il trattato di Nizza del 2000, al fine di consentire l'avvio di tale procedura politica non solo in caso di violazioni già effettuate da parte di uno Stato membro, ma anche in via preventiva, di fronte ad "evidente rischio" che gravi violazioni dei diritti fondamentali possano verificarsi.

Se fino ad ora la giurisprudenza della Corte di Giustizia è stata accolta pacificamente, sia dalle istituzioni politiche sia da quelle giurisdizionali, pur in assenza di un quadro normativo testuale, è probabilmente in gran parte dovuto al fatto che fino ad anni recentissimi la Corte si è strettamente attenuta al compito di far valere i diritti fondamentali

¹² Per approfondire i rapporti tra Unione Europea e CEDU, cfr. DIEZ PICAZO L.M., *Le relazioni tra Unione europea e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, a cura di PANUNZIO S., E.S.I., Napoli, 2005, pp. 279 e ss.; AA.VV., *La tutela dei Diritti Umani in Europa tra sovranità statale e ordinamenti sovranazionali*, CALIGIURI A., CATALDI G., NAPOLETANO N. (a cura di) Padova, CEDAM, 2010.

da essa individuati “solo nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie” (e di quelli degli Stati membri che costituiscono stretta attuazione dei primi)¹³.

3. Rapporti tra diritti fondamentali comunitari e tradizioni costituzionali statali.

In origine, il ruolo dei principi costituzionali viene ad inserirsi in un processo giurisprudenziale di formazione dei principi generali funzionali all'ordinamento europeo. Le tradizioni costituzionali comuni non costituiscono un fattore esterno, direttamente operativo anche nel sistema comunitario, bensì uno strumento privilegiato di interpretazione che avvia un processo di creazione di diritti autonomo ed interno all'ordinamento sovranazionale.

Dunque, i rapporti tra la tutela comunitaria e quella nazionale dei diritti fondamentali correvano lungo la precisa linea di demarcazione, in regime di *separazione*: due sistemi di valori di riferimento, due ordini di giudici, due precisi ambiti di applicazione.

In verità, già dalle origini si potevano identificare alcuni ambiti intermedi, in cui i due sistemi finivano per sovrapporsi. Si fa riferimento alla problematica dei *controlimiti* e a quella della *incorporation*.

La tematica dei c.d. “*controlimiti*” origina da alcune prese di posizione delle Corti Costituzionali italiane e tedesca, le quali hanno continuato ad affermare, almeno teoricamente, che i diritti inviolabili sono protetti dalle Costituzioni nazionali, perché nel loro nucleo essenziale, non possono subire violazioni, neppure da parte delle istituzioni comunitarie e che, dunque, se mai dovesse verificarsi una tale eventualità, deve rimanere impregiudicata la possibilità delle Corti Costituzionali nazionali di intervenire a difesa di tali diritti inviolabili. I principi fondamentali supremi dell'ordinamento costituzionale ed il nucleo essenziale dei diritti fondamentali godono della caratteristica dell'invulnerabilità e, quindi, non possono subire pregiudizi da parte di nessuna autorità pubblica, neppure da parte delle istituzioni comunitarie, cui pure lo Stato ha ceduto importanti quote di sovranità. Per questo, in relazione a tali principi, le Corti Costituzionali devono mantenere salda la loro

¹³ PANUNZIO S. P. (a cura di) in AA.VV., *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, p. 14.

giurisdizione, anche quando a pregiudicare valori fondamentali dell'ordinamento costituzionale sono gli atti delle istituzioni europee.

Tale dottrina costituisce un'evidente interferenza della giustizia costituzionale nazionale nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, perché essa mira ad affidare alle Corti Costituzionali nazionali il compito di far valere i diritti fondamentali, come interpretati negli ordinamenti nazionali, anche nei confronti degli atti delle istituzioni comunitarie, laddove, secondo l'originario schema di coordinamento, a vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni comunitarie avrebbe dovuto provvedere solo la Corte di Giustizia.

Benché la dottrina dei controlimiti di fatto non sia mai stata applicata, tuttora essa costituisce uno dei punti di maggior attrito teorico nella costruzione dei rapporti tra Costituzione europea e Costituzioni nazionali.

Dal punto di vista dell'ordinamento europeo risulta impossibile giustificare l'esistenza di una zona immune dalla supremazia del diritto europeo negli ordinamenti nazionali, anche se si tratta di una zona circoscritta e di livello apicale, quale è quella dei principi supremi e del nucleo essenziale dei diritti fondamentali.

D'altra parte, dal punto di vista degli ordinamenti costituzionali nazionali, l'esigenza di mantenere una linea di salvaguardia del nucleo intangibile dei principi di diritti costituzionali sembra sempre più diffusa: in una fase dell'evoluzione dell'ordinamento costituzionale europeo in cui la tendenza all'omologazione dei valori costituzionali sul continente europeo subisce una forte accelerazione a causa della scrittura della Carta dei diritti fondamentali, tale riserva sulla interpretazione e sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale costituisce uno strumento per proteggere l'identità costituzionale nazionale.

D'altra parte, le possibilità di interferenze tra i diritti fondamentali nazionali e quelli comunitari sono ulteriormente incrementate con riferimento al campo di applicazione dei due ordini di tutela. Astrattamente parlando, la tutela nazionale dovrebbe rivolgersi agli atti delle istituzioni nazionali, mentre la tutela accordata dalla Corte di Giustizia dovrebbe applicarsi agli atti delle istituzioni comunitarie, cosicché sembrerebbero disegnarsi due ambiti di applicazione paralleli e separati, destinati a non incontrarsi mai: tale separazione, come si è visto, rispecchia la *ratio* delle origini della tutela dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, che era quella di colmare il vuoto di tutela generato dal principio del primato del diritto

comunitario e risponde ad un'immagine dualista dei rapporti tra ordinamenti, di un criterio di coordinamento che corre lungo la linea del riparto delle competenze (in maniera differente rispetto alla relazione di matrice sussidiaria che - come vedremo - lega la tutela dei diritti nazionali alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo).

Seguendo gli svolgimenti della giurisprudenza comunitaria appare chiaro che il criterio di divisione degli ambiti di applicazione delle due sfere di tutela è difficile da individuare e preservare.

Secondo la dottrina dell'*incorporation*, elaborata e regolarmente applicata a partire dalla fine degli anni ottanta, la Corte europea ha iniziato a tenere una linea espansiva in ordine al campo di applicazione dei diritti fondamentali comunitari, ritenendosi investita del potere di valutare la compatibilità anche di atti nazionali, oltre a quelli comunitari, con i diritti fondamentali da essa elaborati e protetti. Si deve trattare di atti di Stati membri che entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario e ciò - finora - si è ritenuto che avvenga in due principali ipotesi: quando gli Stati membri agiscono per dare attuazione a normative comunitarie¹⁴ e quando gli Stati invocano una delle cause di giustificazione previste dai trattati comunitari per limitare una delle libertà economiche fondamentali garantite dai trattati, come ad esempio di sanità pubblica o di ordine pubblico per limitare la libertà di circolazione¹⁵.

Tale dottrina dell'*incorporation* genera inevitabili sovrapposizioni fra la tutela nazionale e la tutela comunitaria dei diritti fondamentali. Tuttavia, se in un primo momento si poteva commentare tale filone giurisprudenziale rilevando un atteggiamento prudente della Corte di Giustizia, una sorta di *self-restraint*, di auto-contenimento, dopo la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, avvenuta a Nizza nel 2000, l'atteggiamento "prudente" della Corte di Giustizia si è fatto più ardito e si registra una importante tendenza espansiva dei diritti fondamentali europei.

L'esecuzione della giurisprudenza comunitaria negli ordinamenti costituzionali nazionali dovrebbe essere controbilanciata dal ruolo che le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri svolgono nell'ordinamento comunitario. Dopotutto, i diritti fondamentali comunitari hanno le loro radici negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, se è vero che la Corte

¹⁴ Decisione *Wachauf* del 13 luglio 1989, c. 5/1988.

¹⁵ Decisione *Elliniki Radiophonia Tileorassi* del 18 giugno 1991, causa C-260/1989.

di Giustizia "è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali degli stati membri, e non potrebbe quindi ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle Costituzioni di tali Stati"¹⁶.

In riferimento ai diritti fondamentali, dunque, la Corte di Giustizia ha svolto e svolge un ruolo certamente creativo, ma, "di stampo maieutico: essa non inventa i diritti fondamentali comunitari, ma li rinviene, oltre che nella Convenzione europea dei diritti e delle libertà fondamentali, anche negli ordinamenti statali"¹⁷.

Si pone, così, come interprete dei valori comuni che sono già radicati nelle Costituzioni nazionali, cosicché anche le eventuali ricadute che la tutela comunitaria dei diritti fondamentali può produrre all'interno degli ordinamenti nazionali secondo la dottrina dell'*incorporation*, non dovrebbero comportare l'infiltrazione di valori ad essi del tutto estranei, né essere causa di tensioni eccessive con i valori protetti dalle Costituzioni nazionali.

Dunque, la Corte di Giustizia ha tratto e certamente trae ispirazione dai laboratori costituzionali degli Stati membri, ma non rinuncia a rielaborare a sua volta i principi che da essi desume, adattandoli alla struttura e al contesto comunitario, che rimodula contenuto e portata di molti diritti fondamentali, determinando, così, una non- fungibilità, non sovrapponibilità completa tra le garanzie dei diritti fondamentali accordate a livello nazionale e la tutela accordata dall'ordinamento comunitario.

4. La tutela multilivello tra CEDU e diritto interno statale.

La CEDU – com'è noto – fu sottoscritta il 4 novembre del 1950 dai Paesi membri del Consiglio d'Europa, nell'ambito della cooperazione sviluppata a livello europeo. Lo statuto del Consiglio stabilisce che tale organizzazione si prefigge lo scopo di "pervenire ad

¹⁶ Cfr. sent. *Nold*, cit.

¹⁷ CARTABIA M. (a cura di), in AA.VV., *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, cit., p. 29.

un'unione più stretta tra i suoi membri, mediante la riaffermazione dei principi di democrazia e di rispetto dei diritti dell'uomo che sono loro patrimonio comune”.

Quanto al contenuto della CEDU, il richiamo alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 è esplicito. Nel Preambolo si riconosce, da un lato, che “la Dichiarazione mira a garantire il riconoscimento e l'applicazione universali ed effettivi dei diritti che vi sono enunciati” e, dall'altro, che i Governi firmatari della CEDU intendono “prendere le prime misure atte ad assicurare la garanzia collettiva di alcuni dei diritti enunciati nella Dichiarazione Universale”¹⁸.

L'esigenza di trovare un nucleo comune ha indotto, peraltro, almeno inizialmente, a fissare alcune figure classiche di diritti civili e di libertà, ma attraverso i protocolli aggiunti successivamente e la giurisprudenza della Corte Europea¹⁹ il catalogo si è significativamente allargato.

La CEDU si caratterizza, sin dalle origini, come un trattato *sui generis*, dotato di peculiari caratteristiche: con la sua ratifica gli Stati, da un lato, assumevano l'impegno di assicurare agli individui determinati diritti e, dall'altro si sottoponevano ad uno specifico sistema sovranazionale di controllo, condizione essenziale per l'effettiva garanzia dei diritti. Ma un passo ancora più avanzato era rappresentato dalla possibilità data al singolo di far valere direttamente davanti alla Corte Europea²⁰ le posizioni soggettive riconosciute dalla CEDU in ambito internazionale, rendendolo soggetto di una relazione giuridica che non passa più attraverso lo Stato, di cui anzi è volta a colpire gli eventuali inadempimenti.

Fino ad epoca recentissima la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il sistema di tutela dei diritti da essa sviluppatosi sembravano agire su un piano parallelo e, tutto

¹⁸ Il Preambolo della CEDU è analizzato in BARTOLE S., DE SENA P., ZAGREBELSKY V., con la collaborazione di ALLEGREZZA S.... [et al.], *Commentario breve alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, CEDAM, 2012.

¹⁹ Per una completa analisi dei criteri di interpretazione della Convenzione utilizzati dalla Corte europea (e dalla Commissione) cfr. PUSTORINO P., *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998.

²⁰ Con l'undicesimo protocollo, sottoscritto il 14 maggio 1994 ed entrato in vigore il 1 gennaio 1998, la Corte europea dei diritti dell'uomo è l'unico organo che presiede al rispetto della Convenzione, con giurisdizione obbligatoria per tutti gli Stati membri.

sommato, separato rispetto a quello dei diritti costituzionali e della giustizia costituzionale interna.

Nel corso degli anni '90, nell'epoca c.d. dei "nuovi diritti"²¹, la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo hanno acquisito un'autorevolezza crescente, sia presso i giudici ordinari, sia presso le Corti costituzionali: le decisioni della Corte di Strasburgo sono tenute in adeguata considerazione, come elementi guida nell'interpretazione delle leggi interne.

Il valore della CEDU come fonte del diritto varia moltissimo nei diversi ordinamenti dei paesi aderenti²². Per lungo tempo vi sono stati ordinamenti che hanno rifiutato persino l'incorporazione della Convenzione nell'ordinamento interno - tale è stato per lungo tempo il caso del Regno Unito, fino allo *Human Rights Act* del 1998. Viceversa, al capo opposto dello spettro delle possibilità ci sono Paesi che hanno completamente costituzionalizzato la Convenzione; mentre in posizione intermedia troviamo Stati che riconoscono alla Convenzione un valore super-legislativo, ma sub-costituzionale.

In particolare si ricorda come la Corte europea dei diritti dell'uomo utilizzi l'analisi comparata dell'esperienza – anche giudiziaria – degli Stati membri per definire la portata di alcune previsioni della CEDU (ad esempio per individuare quali limitazioni ai diritti sono possibili in quanto "necessarie in una società democratica"). E' proprio l'attività interpretativa a costituire il momento essenziale della definizione dello standard minimo comune di garanzia dei diritti che costituisce il presupposto e le finalità della Convenzione.

La dottrina, stimolata non solo dall'applicazione della CEDU, ma anche dalla recente approvazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si è posta quindi con urgenza il problema della definizione di un approccio comune in materia di diritti.

Da un lato, effettivamente la prospettiva dell'allargamento ad Est dell'Unione ripropone le difficoltà che il sistema CEDU ha dovuto affrontare nella progressiva apertura, ma dall'altro, soprattutto, l'ipotesi di un *bill of rights* comunitario ha imposto l'individuazione di

²¹ Cfr. CARTABIA M., *L'universalità dei diritti umani nell'età dei "nuovi diritti"*, in *Quad. cost.*, 2009/3, pp. 537 e ss.

²² Per una panoramica di diritto comparato sul valore della Convenzione nei vari paesi aderenti cfr. MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli, Torino, 2002.

uno standard di tutela che possa qualificare le istituzioni europee fino al punto da far considerare l'evoluzione sottostante come un sostanziale processo di costituzionalizzazione.

Con riferimento alla CEDU, questo cammino di uniformazione si è sviluppato nel corso di quasi cinquant'anni, non senza difficoltà. In assenza di strumenti formali di raccordo tra giudici nazionali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²³, è alla luce della struttura complessiva del sistema che si deve verificare la reale possibilità di costruzione di un modello condiviso di garanzia dei diritti.

Volendo restringere per un momento la visuale al contesto del nostro Paese, è possibile notare che alla vigilia di importanti pronunce della Corte costituzionale del 2007, il panorama della giurisprudenza italiana sui rapporti tra fonti interne e Convenzione europea si presentava confuso e assai variegato²⁴, non immune da rischi per la certezza dei diritti dei cittadini, i quali incontravano risposte giurisdizionali assai diversificate a seconda della diversa sensibilità dei singoli giudici alla dimensione europea dei diritti fondamentali.

Con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale italiana ha segnato però una svolta significativa, soprattutto nella parte in cui qualifica la CEDU come fonte ordinaria e però dotata di copertura costituzionale in forza dell'art.117, 1 c. Cost. Di conseguenza la Corte attrae nell'ambito del giudizio di legittimità costituzionale tutte le questioni di incompatibilità tra le leggi interne e la Convenzione Europea, scelta che dovrebbe portare ad escludere il potere di disapplicazione da parte dei giudici ordinari.

²³ Il paragone si propone con il rapporto tra giudici nazionali e la Corte di giustizia delle Comunità europee. L'ordinamento comunitario si caratterizza come una sorta di sistema integrato, dove il diritto sovranazionale è direttamente applicabile all'interno degli Stati membri con prevalenza rispetto alle norme nazionali in contrasto e dove i Trattati istitutivi definiscono le relazioni tra gli organi giurisdizionali, prevedendo che i giudici nazionali si rivolgano in via pregiudiziale alla Corte di giustizia per l'interpretazione delle norme comunitarie.

²⁴ Per approfondire i rapporti tra Corte Costituzionale italiana e giurisdizioni europee, cfr. CASUSCELLI G., *Convenzione europea, giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo e sua incidenza sul diritto ecclesiastico italiano. Un'opportunità per la ripresa del pluralismo confessionale?*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, disponibile al sito www.statoechiese.it, settembre 2011, p. 36; GUAZZAROTTI A., COSSIRI A., *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, n.3 del 2006, disponibile anche su www.forumcostituzionale.it; VENTURA M., *La religione tra Corte costituzionale e giurisdizioni europee*, in *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, a cura di BOTTA R., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, pp. 367 e ss.

Consequenziale alla scelta del parametro è l'individuazione del rimedio giurisdizionale per i contrasti tra leggi interne e Convenzione europea: non la disapplicazione della legge da parte dei giudici ordinari, bensì il giudizio di legittimità costituzionale della Corte Costituzionale.

Tale principio non intende mortificare l'operato dei giudici ordinari, né tanto meno emarginarli dal sistema "multilivello" della tutela dei diritti fondamentali. Esso mira, piuttosto, a precisare il loro ruolo, riconducendolo all'interno dell'interpretazione adeguatrice, mettendo in evidenza che i giudici non sono né soli né abbandonati a se stessi nello svolgimento del delicato compito della tutela dei diritti: essi sono piuttosto parte di una complessa rete giurisdizionale di cui fanno parte anche le Corti costituzionali e le Corti europee²⁵.

La citazione specifica del caso italiano, gli stretti rapporti tra Unione europea, tramite la sua istanza giurisdizionale - la Corte di Giustizia - e la Corte Europea dei diritti dell'uomo testimoniano la specialità del quadro dell'ordinamento giuridico comunitario che, sin dalle sue origini, ha inteso realizzare risultati di natura costituzionale attraverso un procedimento di aggregazione tra le sue procedure e istituzioni sovrastatali e quelle degli Stati membri.

Se, da un lato, il piano dello stato costituzionale nazionale fornisce continuamente ai *livelli superiori* diritti fondamentali, concetti di democrazia, strutture regionali, elementi dello stato di diritto, dall'altro lato, l'ambito sovranazionale europeo favorisce la crescita di una Costituzione europea e della sua dottrina.

Per definire tale complesso sistema di rapporti ed interrelazioni tra giurisdizioni, il peculiare e complesso circuito di fonti e corti – e di ordinamenti, ciascuno col suo “punto di vista” - si parla di “*tutela multilivello*”²⁶ dei diritti fondamentali e di “*policentrismo normativo-giurisdizionale nel <<governo dei diritti>>*”²⁷.

²⁵ Per la distinzione, all'interno del tema dei rapporti con l'ordinamento CEDU, tra dimensione *dinamica* o giurisdizionale e quella *statica* delle fonti del diritto, cfr. MONTANARI L., *I diritti dell'uomo nell'area europea*, cit.

²⁶ Sui rapporti tra giurisdizioni sovranazionali e Corte Costituzionale italiana, nell'ambito di una tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, v. GIANFRANCESCO E., *Incroci pericolosi: Cedu, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di Giustizia e Corte di Strasburgo*, in AIC, rivista telematica (www.associazionedeicostituzionalisti.it), n. 01/2011.

²⁷ Cfr. SCIARRABBA V., *Tra fonti e corti: diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, Cedam, 2008.

Attori protagonisti di tale complesso sistema sono ancora le Costituzioni nazionali le quali, nonostante il loro ruolo con riguardo ai diritti fondamentali sembra stia riducendosi o comunque rimodellandosi, appaiono tuttora i punti di riferimento normativi dai quali più utilmente prendere le mosse nella ricostruzione del complesso circuito normativo e giurisdizionale dell'area europea.

Sembra opportuno sottolineare una "priorità" logico-giuridica delle Costituzioni in diversi sensi.

In primo luogo, non si può fare a meno di notare come sia proprio nelle disposizioni di tali Costituzioni (eventualmente riempite di significato dalla giurisprudenza che su di esse si è formata in sede nazionale) che la maggior parte dei diritti e dei principi fondamentali operanti nel complessivo circuito europeo trova il proprio fondamento originario, oltre che il proprio strumento di tutela privilegiato.

In secondo luogo, al di là di ogni possibile discorso sulla sovranità, sull'integrazione, sulla cittadinanza ed eventualmente sul "costituzionalismo europeo", si può ragionevolmente prevedere che, per ragioni non solo giuridiche, ma anche sociali, politiche e culturali, è prevedibile che almeno per alcuni decenni gli ordinamenti statali nazionali, di cui le Costituzioni rappresentano il vertice, continueranno, per un verso, a detenere o controllare fondamentali leve del potere, ambiti di propria competenza e, per l'altro, a porsi e ad essere percepiti dai rispettivi cittadini come gli ordinamenti di prevalente "appartenenza", una sorta di "patriottismo costituzionale" di cui parlava Habermas.

Quanto alla CEDU, e in specie ai suoi contenuti sostanziali, sembrano mancare, oltre ai diritti "nuovi", di ultima generazione, tutti quei diritti generalmente riconosciuti, in misura più o meno estesa nelle Costituzioni nazionali, riconducibili al modello novecentesco dello Stato sociale (i c.d. diritti sociali). Tale *gap* sembra possa essere colmato sul terreno del confronto con un altro, più "completo" catalogo, quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con un'altra istanza giurisdizionale, sempre più sensibile ed attiva in campo sociale, la Corte di Giustizia di Lussemburgo: questa, come si è visto, ha avviato un processo di enucleazione-creazione di diritti fondamentali a livello comunitario (utilizzando la CEDU come principale "fonte d'ispirazione"), nel tentativo di sopperire al silenzio originario dei trattati istitutivi in merito ai diritti fondamentali.

Il punto di arrivo di tale processo, non ancora raggiunto, ma ormai ben definito all'orizzonte, sembra dover essere il pieno riconoscimento del valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali, proclamata nel 2000, incorporata nel defunto Trattato costituzionale²⁸ e infine richiamata nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

Nell'analisi della tutela “multilivello” dei diritti, appare opportuno non trascurare la dimensione “politica” di tale circuito di rapporti tra le Corti. Le istituzioni comunitarie costituiscono le strutture portanti di un ordinamento composito (e al contempo frammentario) posto ad un livello diverso ma non separato rispetto agli ordinamenti nazionali, all'interno del quale una quantità notevole di attori preme per partecipare ai processi decisionali dell'intero sistema.

L'ordinamento comunitario si configura come un sistema di governo con autorità legislativa sovranazionale basato sull'interazione di vari livelli e soggetti e non esprime la supremazia di un unico centro politico-decisionale. L'integrazione europea appare sempre più un procedimento che crea un sistema politico in cui l'influenza sull'autorità e sul momento decisionale si esercita attraverso il coinvolgimento di molteplici livelli di governo (quello europeo, quello statale e quello di autorità sub – statali) e le interazioni degli attori politici attraverso questi livelli: si crea un sistema di *multi-level governance*²⁹, conseguenza, anche, della perdita dei confini netti della sovranità degli Stati nazionali dovuta a un processo decisionale complesso, fatto di negoziati e concessioni tra i governi statali e le istituzioni comunitarie. Questo non significa un depotenziamento dei governi degli Stati membri; al contrario, l'ambito statale resta necessario, ma le competenze decisionali sono distribuite tra attori che agiscono a livelli diversi. Da qui, una nuova forma di *sovranità* sempre più *condivisa*, che non può essere un'appropriazione statualistica, comunitaria o intergovernativa, ma insieme sovrano esercizio partecipato di un complesso di poteri, convivenza degli Stati membri attori con istituzioni sovranazionali (e con l'affermazione di attori non-statali influenti, c.d. gruppi di interesse).

²⁸ Elaborato dalla “seconda Convenzione” tra il 2002 e il 2003, parzialmente modificato dalla Conferenza intergovernativa approvato da tutti i Governi nel 2004, e infine “bocciato” in conseguenza dell'esito negativo dei referendum svoltisi in Francia e in Olanda nel 2005.

²⁹ Cfr. MACRI' G., PARISI M., TOZZI V., *Diritto ecclesiastico europeo*, Roma-Bari, Laterza, 2006.

5. Principio di sussidiarietà nella CEDU e margine d'apprezzamento delle autorità statali.

È ormai ampiamente riconosciuto che lo scopo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) non è quello di sostituirsi alle Carte costituzionali dei singoli Stati contraenti in tema di tutela dei diritti fondamentali, bensì quello di assicurare un "*minimum standard*" di protezione³⁰. Come si legge nel preambolo, l'intento è realizzare un'unione più stretta tra "quei popoli animati dallo stesso spirito e forti di un patrimonio comune di tradizioni e di ideali politici, di rispetto della libertà e di preminenza del diritto" attraverso la salvaguardia dei diritti universali.

Il principio dell'universalità dei diritti umani non va considerato alla stessa stregua dell'uniformità³¹. Se da un lato i diritti fondamentali sono riconosciuti come universali, indivisibili, interdipendenti e interrelati, dall'altro c'è la necessità di tenere a mente le particolarità nazionali e regionali dei diversi contesti storici, culturali ed economici perché si abbia una loro concreta promozione e protezione.

La Convenzione può essere considerata un documento giuridico che accorpa in sé i valori condivisi dagli Stati aderenti in tema di diritti, dando vita ad un'entità autonoma che ha bisogno di attingere all'enorme varietà ideologica e culturale offerta dei singoli Paesi che ne fanno parte.

In qualità di organo garante della Convenzione, "la Corte Europea dei diritti dell'uomo deve interpretarla cercando di custodire la meravigliosa ricchezza della diversità, o se non altro di non logorarla con rigide soluzioni uniformi e valide indistintamente per tutti gli Stati aderenti"³². Si pone, dunque, il problema di soddisfare le esigenze di applicazione organica

³⁰ Cfr., tra gli altri, PASQUALI CERIOLI J., *La tutela della libertà religiosa nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, www.statoechiese.it, gennaio 2011.

³¹ Cfr. SWEENEY J. A., *Margin of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*, in *International and Comparative Law Quarterly* 2005, pp. 459 e ss.

³² Cfr. MAHONEY P., *Marvellous Richness of Diversity or Individious Cultural Relativism?*, in *HRLR, Human Rights Law Journal*, 1998, p. 3.

della Convenzione senza tuttavia sacrificare la molteplicità dei tessuti sociali, economici e giuridici dei paesi membri³³.

Una risposta concreta che la Corte di Strasburgo ha saputo trovare per risolvere la continua tensione fra l'essenza universale dei diritti fondamentali e le diversità dei contesti dei Paesi membri è stata l'elaborazione della dottrina del margine di apprezzamento³⁴.

Considerato da alcuni lo strumento interpretativo utile per delimitare la competenza dei singoli Stati e quella dell'ordinamento comunitario nonostante le differenze di tradizioni e culture³⁵, o da altri una naturale divisione dei poteri tra i Paesi CEDU e gli organi della Convenzione³⁶, il margine di apprezzamento è stato definito come il "grado di deferenza o di errore concesso agli Stati prima che la Corte di Strasburgo sia pronta a dichiarare che il rimedio statale costituisce una violazione della Convenzione"³⁷.

³³ In tal senso cfr. MACDONALD R. St. J., "The Margin of Appreciation", in *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD R. St. J., MATSCHER F., PETZOLD H. (eds.), Dordrecht, 1993, pp. 83 e ss.

³⁴ Cfr. sul tema HUTCHINSON M. R., *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 e ss.; DONATI F. e MILAZZO P., *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in AA.VV., *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, a cura di FALZEA P., SPADARO A. e VENTURA L., Torino, Giappichelli, 2003, pp. 65 e ss., disponibile al sito www.associazionedeicostituzionalisti.it, pp. 1 e ss.; SAPIENZA R., *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, A. Giuffrè, 1991, in *Rivista di diritto internazionale*, volume LXXIV, fasc. 3 – 1991, pp. 571 e ss.; SCIARRABBA V., *Il ruolo delle Corti costituzionali nella giurisprudenza della Corte EDU: considerazioni sulla dottrina del margine di apprezzamento*, in AA. VV., *All'incrocio tra Costituzione e Cedu. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo* (Atti del Seminario, Ferrara, 9 marzo 2007) a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino, Giappichelli, 2007, p. 235; TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, in CARTABIA M. (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 145 e ss.

³⁵ MAHONEY P., *Marvellous Richness of Diversity*, cit., p.1.

³⁶ SCHOKKENBROEK J., *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 30 e ss.

³⁷ YOUROW H.C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, London, The Hague, Boston, 1996.

La dottrina del margine di apprezzamento è stato criticata da molti autori³⁸, se non anche da taluni giudici della stessa Corte di Strasburgo, tra cui De Meyer che nel caso *Z. v. Finlandia*³⁹ asseriva:

In the present judgment the Court once again relies on the national authorities' "margin of appreciation".

I believe that it is high time for the Court to banish that concept from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies. (...) But where human rights are concerned, there is no room for a margin of appreciation which would enable the States to decide what is acceptable and what is not. (...) The empty phrases concerning the State's margin of appreciation - repeated in the Court's judgments for too long already - are unnecessary circumlocutions, serving only to indicate abstrusely that the States may do anything the Court does not consider incompatible with human rights.

Such terminology, as wrong in principle as it is pointless in practice, should be abandoned without delay.

Ciò nonostante, la dottrina in esame si è così radicata nelle decisioni della Corte che rileva ogniqualvolta si ponga la questione del bilanciamento tra interessi fondamentali dei ricorrenti e quelli dei singoli Stati.

6. Basi giuridiche del margine di apprezzamento.

La ragione che ha portato i giuristi a definire quella del margine d'apprezzamento come una vera e propria dottrina⁴⁰ risiede soprattutto nella frequenza con cui essa ricorre nella

³⁸ Alcuni, tra cui MACDONALD R. St. J., *The European System*, cit., pp. 83-124, la considerano un'occasione che permette alla Corte di sfuggire dalla responsabilità di articolare compiutamente le motivazioni delle proprie sentenze.

³⁹ Caso *Z. v. Finland*, 25.02.1997, ricorso n. 9/1996/627/811, par. III dell'opinione dissenziente.

⁴⁰ Cfr. SAPIENZA R., Sul *margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. Di parere opposto GREER S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion*

giurisprudenza della Corte, e non nella presenza di elementi concettuali tali da raffigurare il margine come un postulato teorico. Per gli ordinamenti continentali potrebbe forse essere considerata una “tecnica di giudizio”, alla stregua, ad esempio, del bilanciamento dei valori o della ragionevolezza/proporzionalità nei giudizi della Corte Costituzionale italiana.

Nel testo della Convenzione non si riscontra alcun riferimento esplicito alla dottrina del margine di apprezzamento. Essa, infatti, può essere considerata il frutto di un'elaborazione giurisprudenziale, tanto da aver indotto alcuni ad insinuare il dubbio che possa sussistere una sua solida base giuridica. C'è chi ritiene che il margine sia un esercizio di *self-restraint* messo a punto dalla Corte per evitare di prendere decisioni che hanno per lo più connotazioni politiche e che eliminerebbero la sovranità degli Stati membri, in special modo per quelle disposizioni che prevedono deroghe o limiti all'esercizio dei diritti previsti nella Convenzione.

Nell'opinione elaborata da alcuni autori - sul presupposto del principio di sussidiarietà cui si ispira la CEDU - il margine di apprezzamento sarebbe una naturale conseguenza del meccanismo da essa previsto, cioè della precisa suddivisione delle responsabilità, fra gli Stati, ai quali compete l'attuazione del rispetto dei diritti umani, e la Corte Europea, alla quale spetta il controllo sul loro operato.

La conseguenza è che, se gli Stati contraenti godono di una certa discrezionalità nell'adozione delle misure che ritengono più appropriate per garantire tale rispetto, ovvero per interferirvi al fine di tutelare i diritti e le libertà altrui, la Corte europea, dal canto suo, non può sostituirsi alle autorità nazionali nell'esercizio di questa discrezionalità, ma deve limitarsi ad esaminare le decisioni nazionali e accertarsi che siano conformi agli standard fissati nella Convenzione⁴¹.

La presenza della democrazia negli Stati contraenti rappresenterebbe una condizione preliminare per l'applicazione del margine, in quanto la Corte non riconoscerebbe un certo

under the European Convention on Human Rights, in *Human Rights Files*, Council of Europe Publishing, 2000, p. 32. L'autore non condivide l'idea che il margine possa essere considerato una dottrina per la mancanza di quel minimo di specificità teorica e di coerenza che invece caratterizzano una dottrina giuridica.

⁴¹ Cfr. MAHONEY P., *Marvellous Richness of Diversity or Individious Cultural Relativism?*, in *HRLR, Human Rights Law Journal*, 1998, p. 3.

potere discrezionale se non fosse sicura che ogni singolo Stato soddisfi i requisiti necessari, in principio, a garantire il rispetto dei diritti umani⁴².

Altri autori, pur individuando il fondamento del margine nelle caratteristiche intrinseche del sistema europeo di protezione dei diritti umani, hanno posto l'accento sulla sua funzione di risolvere il problema del rispetto della sovranità degli Stati contraenti. Il presupposto è che la Convenzione Europea sia uno dei pochi trattati internazionali ad avere istituito un meccanismo di controllo che interferisce in modo incisivo nella sovranità degli Stati parti in quanto prevede il diritto degli individui di adire direttamente la Corte per fare accertare un'eventuale violazione subita da parte di uno Stato contraente.

Il margine, allora, inteso come libertà di agire degli Stati, potrebbe essere concepito come una concessione a favore della loro sovranità, o comunque come un tentativo di risolvere il problema del rapporto fra la sovranità degli Stati contraenti e la funzione di controllo della Corte Europea⁴³. Ne deriverebbe una concezione del margine di apprezzamento come di un sostanziale "diritto" degli Stati, alla quale è stata peraltro contrapposta da altri autori l'idea che esso si configuri in realtà come un esercizio volontario, ovvero una scelta, di auto-limitazione (*self-restraint*) da parte della Corte⁴⁴.

Secondo un'opinione diversa, tuttavia, il margine di apprezzamento statale non potrebbe essere considerato come "un'invenzione" della Corte Europea, trattandosi della "risposta" del sistema della Convenzione al problema, diffuso anche negli ordinamenti nazionali, delle cosiddette "espressioni indeterminate", cioè di quelle "espressioni linguistiche alle quali non può essere attribuito un significato normativo concreto se non attraverso la formulazione di un giudizio di valore che va oltre la mera interpretazione del testo normativo"⁴⁵.

⁴² Cfr. MAHONEY P., op. cit., p. 4.

⁴³ Cfr. HUTCHINSON M. R., *The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 638 e ss.; MACDONALD R. St. J., "The Margin of Appreciation", in *The European System for the Protection of Human Rights*, MACDONALD R. St. J., MATSCHER F., PETZOLD H.(eds.), Dordrecht, 1993, pp. 83 e ss.

⁴⁴ Cfr. SCHOKKENBROEK J., *The Basic, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in *Human Rights Law Journal*, 1998, pp. 30 e ss.

⁴⁵ Il virgolettato è di SAPIENZA R., *Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea*, cit., pp. 571 e ss. Secondo l'A. il margine di apprezzamento sarebbe "il frutto di concrete e

Inoltre, l'elaborazione del margine di apprezzamento sarebbe uno strumento per risolvere il problema dell'applicazione delle norme alle quali non fanno riscontro valori sociali internazionali consolidati. Laddove allora non siano emersi valori comuni sul piano internazionale, occorrerebbe assumere come punto di partenza per l'interpretazione dell'espressione indeterminata il sistema di valori proprio dei vari Stati⁴⁶.

Nonostante nella Convenzione manchi un chiaro rimando letterale alla dottrina del margine, non sembra che ciò possa essere considerata un'argomentazione valida per negare a priori il suo fondamento giuridico.

Possono considerarsi due elementi a supporto della tesi dell'esistenza di basi legali del margine d'apprezzamento: la lettura sistematica della Convenzione e la tecnica redazionale di quegli articoli che giustificano eventuali limitazioni di diritti generalmente riconosciuti come assoluti (con riferimento in particolare agli articoli 8-11, diritto al rispetto della vita privata e familiare, libertà di pensiero, di coscienza e di religione, libertà di espressione, libertà di riunione e associazione, all'art.14, divieto di discriminazione, in combinato disposto con gli altri menzionati).

Quanto al primo elemento, quello "sistematico", occorre ricordare l'impianto giuridico su cui si regge l'intera struttura della Convenzione, ovvero la *sussidiarietà*, di cui si ha una visibile percezione negli articoli 1 e 35, c.1 e art. 53, da intendersi, con una definizione piuttosto basilare, come quel principio che permette ad entità politiche e sociali di ordine superiore di intervenire per sostenere i singoli o i gruppi minori soltanto quando questi ultimi sono incapaci di provvedere autonomamente al raggiungimento di determinati obiettivi⁴⁷.

irrinunciabili esigenze poste dalla formulazione stessa di alcune disposizioni e dalla struttura della Convenzione", *ibidem*, p. 614. Una conclusione analoga, nel senso della necessità di ricorrere al margine di apprezzamento qualora le norme siano per loro natura "uncertain", è stata raggiunta in dottrina da SHANY Y., *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, pp. 907 e ss.

⁴⁶ Cfr. SAPIENZA R., *op.cit.*, pp. 604-605.

⁴⁷ Per una definizione più complessa di sussidiarietà e per un'ampia trattazione di questo principio nell'ambito della protezione dei diritti umani a livello internazionale e dell'Unione Europea v. CAROZZA P., *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, pp. 38 e ss; DI STEFANO A., *Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà – contributo ad*

In ambito sovranazionale, relativamente alla Convenzione, il termine "sussidiarietà" comporta che le autorità dei singoli Stati hanno in primis la responsabilità di proteggere, con propri mezzi interni, i diritti contemplati nella Carta europea mentre la Corte di Strasburgo interverrebbe solo in un momento successivo, ovvero quando è chiamata a giudicare dei ricorsi che le vengono sottoposti. In tali circostanze, infatti, la Corte non solo ha il potere di condannare lo Stato per l'eventuale violazione di un diritto convenzionale, ma contribuisce anche a definire il contenuto e i contorni delle disposizioni della CEDU in modo da indicare agli Stati un percorso utile "comune" per assicurare il loro rispetto.

Secondo il funzionamento del principio di sussidiarietà nel contesto sovranazionale la Corte europea, quindi, si comporta come *supervisore "attivo"* dei diritti, facendo comunque attenzione a preservare la libertà degli Stati che riguarda la scelta dei mezzi per conformarsi alla CEDU.

Il testo dell'articolo 1 CEDU, il quale dispone che "le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo I della presente Convenzione" va interpretato nel senso che sono le autorità statali in primo luogo che hanno l'onere di salvaguardare i precetti della CEDU.

Nella stessa ottica va letto l'art. 35, c.1 che, come condizione di ricevibilità dei casi dinanzi alla Corte, pone l'obbligo di esaurire i ricorsi interni, "come inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva".

Ancora più significativo risulta l'articolo 53⁴⁸ che si potrebbe considerare come una sorta di "clausola di salvaguardia": con esso infatti sorge l'obbligo di non interpretare la Convenzione in modo da limitare le libertà fondamentali già previste dalle leggi dei singoli Paesi come da accordi internazionali, soprattutto se tali norme includono una protezione più estesa dei diritti.

una lettura sistematica degli articoli 13 e 35, coll. *Giurisdizioni nazionali e Diritto Internazionale*/1, Firenze-Catania, ed.it, 2009, in particolare pp. 264 e ss.

⁴⁸ Nello specifico l'articolo 53 recita: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi".

Poiché dunque la Corte Europea non può sostituirsi ai Governi nazionali, ma deve piuttosto giudicare se le decisioni interne sono compatibili con la Convenzione, essa consentirebbe un certo margine di discrezionalità agli Stati in modo che i diritti possono essere protetti rispettando le diversità dei contesti in cui essi si manifestano⁴⁹.

Tracce esplicite di tale approccio si possono rinvenire nelle prime sentenze storiche di Strasburgo, nelle quali la Corte usa il margine per questioni non attinenti all'applicazione dell'articolo 15, ovvero al di fuori dei casi in cui sono previste deroghe per motivi di urgenza, ma che attengono più strettamente alla protezione di libertà personali.

La dottrina del margine di apprezzamento fa il suo esordio proprio in applicazione del suddetto articolo, sulla base di due specifiche considerazioni: la politicità delle decisioni, che riguarda il riconoscimento dello stato d'urgenza, e la "migliore posizione" dello Stato nazionale rispetto ad un organo sovranazionale, per valutare adeguatamente l'esistenza di una situazione d'emergenza e i modi in cui questa può essere affrontata.

Nella prima delle pronunce, il caso *Belgian Linguistic*⁵⁰, l'applicazione del margine di apprezzamento in relazione al principio di sussidiarietà è evidente, anche se non espressamente richiamata. Il caso in questione era stato promosso da alcuni cittadini belgi di lingua francese, residenti nella regione di lingua tedesca, ed i cui figli frequentavano istituti scolastici dove l'insegnamento del francese non era previsto o veniva sottovalutato. Essi profilavano, pertanto, una violazione dell'articolo 2 del protocollo n.1, sul diritto all'istruzione, e dell'articolo 8 CEDU, sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, congiuntamente all'art.14, divieto di discriminazione. La Corte riconosce in particolare che:

the general aim set for themselves by the Contracting Parties through the medium of the European Convention on Human Rights, was to provide effective protection of fundamental human rights, and this, without doubt not only because of the historical context

⁴⁹ Tale assunto ha portato alcuni autori a identificare la dottrina del margine di apprezzamento con il concetto di sussidiarietà in generale. Tuttavia, secondo CAROZZA P., *Subsidiarity as a Structural Principle*, cit., pp. 69-70, mentre la sussidiarietà può essere considerata onnicomprensiva degli aspetti del diritto e della politica dei diritti internazionali "poiché possiede una solida base teorica che abbraccia tutti i valori degli stessi diritti umani", il margine invece è solo un'espressione in quanto "non pretende di avere una portata generale nel senso di descrivere la struttura politico-giuridica dei diritti umani, bensì mira ad ottenere il miglior risultato in base ai casi di volta in volta considerati".

⁵⁰ Ricorsi n. 1474/1962; 1677/1962; 1691/1962; 1769/1963; 1994/1963; 2126/1964; 23 luglio 1968.

in which the Convention was concluded, but also of the social and technical developments in our age which offer to States considerable possibilities for regulating the exercise of these rights. The Convention therefore implies a just balance between the protection of the general interest of the Community and the respect due to fundamental human rights while attaching particular importance to the latter. (§ 5).

Con queste parole sembra che la Corte voglia sottolineare come il meccanismo della Convenzione sia soltanto accessorio alle pratiche statali per la protezione delle libertà fondamentali, limitandosi ad intervenire unicamente nei casi in cui il "cuore" dei diritti possa essere seriamente compromesso in virtù di una mera protezione di un non specificato interesse generale degli ordinamenti nazionali.

Nel caso di specie il diritto all'istruzione non era stato rifiutato, non poteva profilarsi una sua lesione, gli studenti erano tenuti a rispettare i programmi scolastici che lo Stato belga aveva stabilito seguendo dei parametri che non potevano essere sindacati da Strasburgo.

E' a partire dal caso *Handyside*⁵¹ che si ritrova una formulazione più compiuta della dottrina del margine di apprezzamento. I giudici europei hanno reso più esplicita questa presa di posizione non solo richiamando la giurisprudenza *Belgian Linguistic* sul carattere sussidiario della Convenzione rispetto alle giurisdizioni nazionali, ma affermando anche nello specifico che:

The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted - (Article 26, oggi art. 35 CEDU).

Il principio della sussidiarietà, che informa la stessa ratio della CEDU e dei rimedi giurisdizionali da essa previsti, fornisce un ancoraggio sicuro per identificare il fondamento giuridico della dottrina del margine.

Un altro elemento che può costituire fondamento giuridico della dottrina può ravvisarsi considerando gli articoli dall'8 all'11, ma anche l'articolo 1 del protocollo n.1, dai quali emerge una caratteristica comune: all'affermazione dell'universalità del diritto segue

⁵¹ *Handyside v. Regno Unito*, ricorso n. 5493/1972, 7 dicembre 1976, par. 48.

immediatamente dopo l'elenco di quelle circostanze che permetterebbero agli Stati nazionali di limitare la libertà in questione⁵².

Nel caso della Convenzione, in relazione agli articoli 8-11, che contengono in sé l'idea di bilanciamento tra diversi interessi, in particolare la tutela del diritto nei confronti del singolo e la protezione della sicurezza nazionale, gli elementi che legittimerebbero la limitazione dei diritti sono la protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della salute e della morale, la salvaguardia dei diritti e delle libertà altrui, ecc.: si tratta tuttavia di eccezioni che possono essere concesse soltanto se previste per legge e se necessarie in una società democratica.

Verificati questi ultimi due test, la Corte europea potrebbe trovarsi in una situazione in cui si rende conto di non potersi sostituire alle autorità nazionali. I giudici di Strasburgo hanno precisato che:

*By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them*⁵³.

Ciò farebbe propendere i giudici sovranazionali a concedere un certo margine di apprezzamento che, tuttavia, come la stessa Corte afferma, non può considerarsi illimitato poiché essa, in base all'articolo 19⁵⁴, ha il potere di emettere una decisione finale sulla possibilità che la "restrizione" o la "sanzione penale" siano conciliabili con le libertà protette dalla Convenzione. Dunque, "il margine apprezzamento va di pari passo con la supervisione europea"⁵⁵.

Da ciò emerge il terzo test che la Corte utilizza puntualmente, ovvero quello della proporzionalità del mezzo - la limitazione del diritto fondamentale - rispetto allo scopo

⁵² In tal caso si è parlato di "clausole di interferenza" e non di deroga, come quelle previste dall'articolo 15. Cfr. DONATI F. e MILAZZO P., *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 86.

⁵³ *Handyside v. Regno Unito*, cit.

⁵⁴ L'articolo 19 CEDU stabilisce che "per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti Contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita un Corte europea dei diritti dell'uomo, di seguito denominata *la Corte*. Essa funziona in maniera permanente".

⁵⁵ Afferma così TANZARELLA P., *Il margine di apprezzamento*, cit.

perseguito, limitazione che va verificata nel caso concreto e deve risultare comunque congrua.⁵⁶

7. Test, “filtri” e supervisione di Strasburgo.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo offre lo spunto per individuare quali sono i motivi e le condizioni in cui viene utilizzato il margine di apprezzamento. Tuttavia, una lettura disgiunta dei casi maggiormente significativi porta soltanto al mero riconoscimento dei fattori che influenzano tale dottrina senza, invece, offrire un supporto concreto all'individuazione di un quadro coerente della sua applicazione.

Non sono rare le occasioni in cui i giudici paiono contraddirsi poiché, rispetto a casi apparentemente simili, in cui è coinvolto uno stesso articolo o le premesse di fondo sono le stesse, adottano soluzioni diverse, alcune volte concedendo ampio margine, altre specificando la non sussistenza dei presupposti necessari⁵⁷.

Quanto alle ragioni che inducono la Corte ad adottare il margine nelle diverse pronunce si possono scorgere delle categorie ben precise di fattori che possono operare indipendentemente l'uno dall'altro, oppure in combinazione tra loro. Pur nella difficoltà di trovare un comune denominatore che sia in grado di mettere in connessione tutti i fattori, le giustificazioni addotte per la concessione o la restrizione del margine spaziano dalla possibilità/impossibilità di trovare un comune consenso tra gli Stati in ordine a questioni etico-morali, dalla natura del diritto protetto fino allo scopo della restrizione, alla necessità di fronteggiare situazioni di emergenza.

Se si tenta di collocare il caso singolo in un più ampio contesto che tenga anche conto delle reali competenze della Corte, legate al principio di sussidiarietà, e dei valori a cui la

⁵⁶ SCHOKKENBROEK J., *The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, cit.

⁵⁷ Tale atteggiamento ha spinto molti autori a giudicare quella del margine una dottrina inadeguata e che coinvolge la Corte europea nella realizzazione di politiche non basandosi su una analisi giuridica. Cfr. sul punto BRAUCH J.A., *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *11 Columbia Journal of European Law* 113 (2004), pp. 113-150.

Convenzione si ispira, i fattori rappresentano veri e propri test, una sorta di “filtri”, ognuno dei quali entra in gioco seguendo un certo ordine.

Nel tentativo di schematizzare i motivi che spingono i giudici europei a ricorrere alla dottrina del margine, in base ad un grado gerarchico decrescente di influenza, tra i più importanti possiamo indicare:

- la natura del diritto protetto;
- lo scopo della restrizione;
- il comune consenso.

Non può, invece, essere inclusa nell'elenco la necessità di fronteggiare situazioni di emergenza attraverso la deroga della Convenzione, ovvero l'applicazione dell'articolo 15. Questa condizione non entra in rapporto con le altre ma è valutata sulla scorta delle contingenze degli eventi.

Il primo test che la Corte si trova a verificare riguarda la *determinazione del diritto* oggetto del ricorso. Si è già detto che il margine di apprezzamento non viene applicato su tutte le libertà fondamentali previste nella Convenzione.

In particolare, si può fare una distinzione tra gli articoli che prevedono al loro interno la possibilità di limitare il diritto in questione (artt. 8-11 o art.1 del prot. n.1), che offrono la possibilità di concedere un certo margine, in quanto possono essere sacrificati per motivi di interesse generale e gli articoli, invece, che contengono affermazioni di principio generali (artt. 2-4), in relazione ai quali non sarebbe fattibile lasciare discrezionalità alle autorità nazionali, poiché la loro protezione sarebbe garantita al di là del testo della Convenzione: questi sono tutelati in base al rispetto di consuetudini internazionali generali e pertanto avrebbero trovato comunque riconoscimento e rispetto anche senza una disposizione specifica.

Sebbene a tal proposito c'è chi ha parlato di distinzione tra *inviolable core rights* e *personal freedoms*⁵⁸, o tra diritti assoluti e limitabili, in realtà, occorre puntualizzare che tali suddivisioni si rivelano utili per sottolineare l'esistenza di valori imprescindibilmente legati alla natura democratica degli ordinamenti, che non possono quindi trovare una forma di

⁵⁸ Cfr. YOUROW H. C., *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Human Rights Jurisprudence*, cit.

restrizione, e quelli invece che, proprio per non minare la democraticità degli Stati, possono essere contenuti.

Al fine di “garantire una tutela effettiva della democraticità degli ordinamenti”⁵⁹, il testo convenzionale prevede situazioni in cui alcuni diritti possono subire limitazioni in nome dell'interesse generale. Con ciò non si vuole affermare che, ogniqualvolta la Corte si trova dinanzi alla controversia che ha per oggetto uno dei diritti in questione, lascia agli Stati la decisione senza dichiararne la violazione.

Anche per tali libertà fondamentali, la Corte per prima cosa valuta se queste non inficino l'essenza stessa del diritto che si presume violato, il suo nocciolo duro. In tal caso dichiarerà la violazione della Convenzione, altrimenti passerà al test successivo, ovvero individuare lo *scopo della restrizione*.

Si è ampiamente ribadito che, in base ad alcune disposizioni convenzionali, gli Stati possono essere autorizzati a limitare una libertà fondamentale in ragione della tutela dell'interesse collettivo. Ovviamente tale potere non è incondizionato, tanto che la Corte ha stabilito dei criteri per verificarne la legittimazione: in primo luogo, verifica se la restrizione è prevista per legge; in seconda istanza, ne valuta la sua necessità in un sistema democratico e, da ultimo, se adempie ad un bisogno sociale imperativo. Effettuato tale controllo, la Corte può rendersi conto che sarebbe inopportuno potersi sostituire all'autorità interna, più vicina ai cittadini e profonda conoscitrice dei valori a cui si ispira il proprio ordinamento.

Per le questioni che attengono più strettamente al “bisogno sociale imperativo”, l'ultimo tentativo che i giudici compiono prima di decidere in favore del margine è la ricerca di un *ampio consenso* tra i paesi del Consiglio d'Europa. In linea di massima la Corte applica la dottrina del margine se constata l'assenza di un'uniformità di vedute; in realtà, tale test del “*common ground*” è quello maggiormente condizionato da variabili soggettive, legate soprattutto al caso concreto ed anche al Paese coinvolto nella controversia.

È possibile verificare l'attendibilità dei modelli esaminati se si procede ad una lettura di insieme delle pronunce, tenendo sempre in mente gli scopi ultimi della Convenzione e i principi che regolano l'intero sistema.

⁵⁹ Punto 4 del “considerando” del Preambolo alla CEDU.

Volendo tralasciare di considerare i casi che riguardano i *core rights* (artt.2-4, diritto alla vita, divieto della tortura, divieto di schiavitù e del lavoro forzato), sui quali la Corte non ha mai concesso il margine, considereremo quelli che concernono il bilanciamento tra il diritto individuale e la protezione dell'interesse pubblico generale, verificando l'esistenza dei fattori "necessità della limitazione in uno Stato democratico" (ovvero guardando allo scopo della restrizione) e "presenza di un consenso comune".

Esempi indicativi ci vengono offerti dalla Turchia, più volte investita per i ricorsi che la vedono accusata, tra le altre, di violazioni della libertà di associazione (art.11), religiosa (art.9) e di espressione (art.10).

Nel caso *Communist Party of Turkey and Others v. Turchia*⁶⁰ la Corte ribadisce che la Convenzione, nel preambolo, considera come unico modello politico possibile per gli Stati del Consiglio d'Europa quello democratico⁶¹. Per tale motivo essi godono di un ristretto margine d'apprezzamento nel caso di limitazioni alla libertà di associazione, diritto la cui tutela è indispensabile per la realizzazione del pluralismo democratico.

I giudici europei, proprio partendo dal presupposto della salvaguardia dei valori democratici, hanno ritenuto violato l'articolo 11 CEDU sulla libertà di associazione in quanto non vi erano elementi concreti per credere che il nuovo partito comunista avrebbe costituito un pericolo per la collettività, anzi, le stesse parole utilizzate nel programma richiamavano i principi della Convenzione. L'aver impedito l'operatività di una nuova associazione politica costituiva, al contrario, un ostacolo al funzionamento dello Stato democratico in cui i partiti politici giocano un ruolo fondamentale nell'assicurare il pluralismo, vero motore della democrazia⁶².

⁶⁰ Ricorso n.133/1996/752/951, 30 gennaio 1998. Il ricorso vedeva come protagonisti i fondatori di un partito politico che era stato sciolto dalla Corte costituzionale turca prima ancora che avesse potuto iniziare la propria attività. I motivi dello scioglimento, secondo le autorità turche, erano imputabili a due fattori: il nome del partito che conteneva la parola "comunista", e il programma dove si rivendicava l'esistenza di due nazioni distinte, quella turca e quella curda. Elementi, questi, che potevano minacciare l'integrità della nazione e, più in generale, il suo carattere democratico.

⁶¹ *Communist Party of Turkey and Others*, cit., par. 45.

⁶² *Ibidem*, par. 43.

Con ragionamento analogo, ma giungendo ad una soluzione opposta, la Corte risolve il caso *Refah Partisi v. Turchia*⁶³. Al centro della vicenda c'è sempre lo scioglimento di un partito politico, il Refah Partisi, considerato illegittimo dalla Corte costituzionale turca perché sposava i valori e le regole della *Sharia*⁶⁴.

Constatato l'intento programmatico del partito, i giudici di Strasburgo non dichiarano la violazione dell'articolo 11, ma ne accettano la sua limitazione perché necessaria al mantenimento della democrazia. La legge della *Sharia*, spiega la Corte, è sicuramente incompatibile con i valori democratici fatti propri dalla Convenzione, essenzialmente per due motivi: il primo legato alla libera organizzazione delle diverse confessioni religiose, il secondo in quanto la *Sharia* è fonte di discriminazione tra coloro che appartengono alla religione musulmana e chi invece se ne dissocia, distinzione che mal si concilia con i valori democratici⁶⁵. La Corte conclude asserendo che, nonostante il margine d'apprezzamento lasciato agli Stati debba considerarsi stretto, se nella controversia è coinvolto il dissolvimento di un partito politico, le autorità nazionali potrebbero ragionevolmente impedirne il funzionamento se i suoi obiettivi vanno contro le disposizioni della Convenzione.

Sulla stessa scia si collocano anche le decisioni che riguardano la protezione della libertà religiosa tutelata dall'articolo 9 della CEDU. A tal proposito si fa riferimento ancora al contesto dello Stato turco.

Nel caso *Leyla Sahin v. Turchia*⁶⁶ la ricorrente era una studentessa universitaria di Istanbul che, a causa di una circolare universitaria era costretta a partecipare alle lezioni senza indossare il velo, simbolo religioso musulmano, pena l'esclusione dall'Università. La Corte verifica innanzitutto se la limitazione è prevista per legge, considerando tale la legge in senso "materiale", e successivamente se essa può essere giustificata perché necessaria. Nello specifico, la necessità, secondo la difesa del governo, va letta alla luce del

⁶³ Ricorsi n. 41340/1998, 41342/1998, 41343/1998, 41344/1998, 12 febbraio 2003.

⁶⁴ Per un commento preciso della sentenza e in generale sul concetto di laicità nello Stato turco si rinvia a TEGA D., *La laicità turca alla prova di Strasburgo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 289 e ss.

⁶⁵ *Refah Partisi*, cit., par. 70.

⁶⁶ Ricorso n. 44774/1998, 29 giugno 2004.

bilanciamento con i diritti di tutti gli altri individui, in particolare di coloro che non professano la religione musulmana.

La Corte europea nella sua decisione sceglie di sacrificare il diritto individuale, quello di professare liberamente la propria religione, per tutelare invece il valore primario della laicità in Turchia, principio consacrato in Costituzione visto il suo passato di Stato teocratico.

I giudici europei condividono la posizione che la Corte costituzionale turca assume nei confronti del principio di laicità, considerato come garanzia dei valori democratici e dei principi della inviolabilità della libertà religiosa che riguarda la sfera privata.

Una concezione di laicità, dice la Corte, "rispettosa dei valori sottostanti alla Convenzione e la cui protezione si rende necessaria per salvaguardare il sistema democratico in Turchia⁶⁷.

La Corte, decidendo in tal senso, si mostra consapevole dell'impatto che la questione del velo ha su coloro che lo percepiscono come un "obbligo" religioso e non come una "scelta libera". Poiché solo le autorità interne, in virtù della loro *better position*, possono valutare concretamente tali circostanze, allora non può non essere concesso un ampio margine di discrezionalità: ancora una volta, quindi, la Corte accorda margine d'apprezzamento per favorire il concretizzarsi dei valori della democrazia.⁶⁸

Nel caso in questione potrebbe sembrare che la Corte europea si sia limitata a conformarsi alla decisione dei giudici costituzionali turchi perché venisse tutelata la laicità nel loro Paese.

A ben vedere, la Corte ha fatto molto di più, in quanto non ha concesso un margine di discrezionalità sulla base delle sole valutazioni dei giudici locali, ma essa stessa, seppur tacitamente, ha contribuito ad arricchire il significato che la laicità assume nella particolare circostanza turca.

Più in generale, le argomentazioni di Strasburgo riservate al caso *Sahin* indurrebbero a pensare che nel caso la libertà religiosa individuale contrasti con il rispetto dei diritti altrui sarebbe legittimo limitarla.

⁶⁷ *Leyla Sahin v. Turchia*, cit., par. 105-106.

⁶⁸ Del tutto contrario a tale conclusione è BELELIEU C. D., *The Headscarf as a Symbolic Enemy of the European Court of Human Rights Democratic Jurisprudence: Viewing Islam through a European Legal Prism in Light of the Sahin Judgement*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, pp. 573 e ss.

In realtà il percorso non è così lineare: le circostanze legate al caso concreto dimostrano ancora come sia difficile trovare una regola comune che possa funzionare per ogni caso. Ciò però non vuol dire che la Corte decida arbitrariamente di bilanciare i diritti ma che, alla luce delle situazioni che di volta in volta affiorano, essa cerchi di salvaguardare il suo ruolo, quello di supervisore dei diritti fondamentali.

Tuttavia, si possono presentare casi in cui le limitazioni non sono previste solo per salvaguardare il corretto funzionamento delle regole democratiche. Il più delle volte, infatti, i ricorsi dinanzi a Strasburgo sono originati da probabili violazioni dei diritti in relazione al soddisfacimento di un *bisogno sociale pressante*.

A tale riguardo, per decidere su controversie connesse o prossime a considerazioni di carattere etico-morale, la Corte procede con un ulteriore test: quello del *comune consenso*. In altre parole verifica se tra gli Stati membri è possibile riscontrare un comune sentire rispetto a questioni di ordine morale; se così fosse l'ampiezza del margine risulterebbe ampiamente ristretta, in caso contrario verrebbe allargata. Tale presa di posizione della Corte, in presenza di forti divergenze tra i diversi Paesi ha ragion d'essere nella volontà di non "sovrapporre la propria concezione di protezione della morale rispetto a quella del legislatore dei singoli Stati contraenti"⁶⁹.

La prima pronuncia in cui la Corte ha fatto riferimento alla ricerca del consenso per accertare una violazione della Convenzione è stata *Handyside v. Regno Unito*, che come si è detto, è stata anche la prima sentenza in cui la dottrina del margine ha trovato un riferimento esplicito nella giurisprudenza europea.

Il caso ebbe origine in Inghilterra dove l'editore Richard Handyside fece pubblicare un libro riguardante l'educazione sessuale dei minori già diffuso in molti altri paesi europei. In base a una legge del 1959 sull'oscenità, le autorità britanniche ne predisposero il sequestro. Investiti del ricorso per violazione dell'articolo 10 sulla libertà d'espressione, i giudici europei decisero di accordare un ampio margine affermando che

it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is

⁶⁹ DONATI F. e MILAZZO P., *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea*, cit., p. 88, sintetizzando il par. 48 del caso *Handyside*, cit.

*characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction"*⁷⁰.

È possibile rilevare come nel caso di specie il diritto in questione non fosse stato violato nella sua essenza fondamentale. Riconoscendo una gerarchia tra i valori tutelati in ambito europeo, la restrizione del caso *Handyside* riguardava una questione di livello inferiore per cui a una libertà individuale, seppur dichiarata fondamentale, può essere riconosciuto un peso maggiore o minore a seconda del paese in cui il fatto ha luogo. Le intenzioni dell'Inghilterra, attraverso la legge sull'oscenità, erano quelle di evitare "corruzioni e depravazioni" della società, punto di vista legittimo secondo la Corte, perché legato a un concetto di morale che contraddistingueva all'epoca la comunità inglese.

I giudici europei, di fronte alle diverse concezioni etiche di Paesi con tradizioni secolari, fanno un passo indietro e si autodeclassano al ruolo di supervisore, limitandosi a controllare che venga garantita una tutela almeno minima delle libertà individuali e che sia preservato così lo spirito convenzionale. Sarebbe impensabile del resto costringere paesi diversi a conformarsi a un'unica idea di morale, poiché in tal modo si destabilizzerebbe il sistema europeo compromettendone il futuro funzionamento.

8. Conclusioni.

Il sistema di tutela multilivello dei diritti fondamentali appare, come si è visto, caratterizzato da un costante processo di interscambio di principi e valori giuridici tra Corti e giurisprudenza internazionale, comunitaria e tradizioni costituzionali degli Stati membri, nelle quali i diritti fondamentali comunitari affondano le loro radici.

Può risultare utile identificarne la struttura con l'immagine di "cerchi concentrici".

Ad un livello (o a più, equidistanti) si immaginino la Corte di Giustizia, la Convenzione europea e la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo che hanno tratto e

⁷⁰ *Handyside*, cit., par. 48.

certamente traggono ispirazione dai laboratori costituzionali degli Stati membri, ma rielaborano a loro volta i principi che da essi desumono, adattandoli alla struttura ed al contesto comunitario, e rimodulano contenuto e portata di molti diritti fondamentali.

Ad un altro livello si innestano i piani degli Stati costituzionali nazionali che alimentano “fisiologicamente” i livelli superiori, costruendo ed “esportando” sui banchi di legislatori e giudicanti sovranazionali diritti fondamentali, principi di democrazia, elementi dello stato di diritto e progetti di sviluppo del vivere civile e di tutela sostanziale della persona.

Dunque, in tale articolato sistema trova concretezza una sorta di “principio dei vasi comunicanti” tra i livelli, alimentandosi costantemente un circuito di valori, strumenti giuridici di matrice comune, ma declinati a seconda dei contesti in cui vengono azionati.

Tuttavia, ad oggi appare impossibile parlare di piena ed effettiva “osmosi giuridica” tra i livelli, dal momento che, per motivi quali l’assenza di raccordi tecnico-formali biunivoci tra i livelli, la diversità di condizioni “ambientali” (giuridiche, sociali, culturali..) dei contesti in cui le varie Corti operano, la frequente assenza di un *common ground* tra tutti i soggetti coinvolti su questioni e sulla tutela di diritti fondamentali, si determina una non-sovrapposibilità completa tra le garanzie dei diritti fondamentali accordate a livello nazionale e la tutela accordata dall’ordinamento comunitario e si vanificano le potenzialità del sistema in termini di compenetrazione giuridica tra i livelli, ai fini della costruzione di standard elevati di tutela dei diritti fondamentali.