

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Il dialogo sui diritti tra Corti internazionali e Corti interne: un ritorno al passato?

This is the author's manuscript

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1690938> since 2019-02-07T12:38:51Z

Publisher:

Bonomo

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

IL DIALOGO SUI DIRITTI TRA CORTI INTERNAZIONALI E CORTI INTERNE: UN RITORNO AL PASSATO?

Elisabetta Palici di Suni

1. Premessa

È sotto gli occhi di tutti la crescente ed inarrestabile influenza che esercitano le Corti internazionali come interpreti dei diritti umani.

Ciò suscita preoccupazioni, rilievi, critiche, resistenze, sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza.

Le Corti internazionali tendono infatti ad imporre principi generali al di sopra e talora in contrasto con norme e prassi interne.

Alcuni elementi centrali della giustizia internazionale attuale, come la sottoposizione a valori superiori, al di sopra delle singole statuizioni costituzionali, o la centralità dei diritti fondamentali si riscontrano anche agli albori della giustizia costituzionale, così come essa si è affermata nei diversi ordinamenti.

Si può allora forse avanzare l'ipotesi che la Corti internazionali spingano le Corti interne, non tanto verso un depotenziamento delle loro funzioni, quanto piuttosto verso un recupero degli aspetti più importanti e delle ragioni stesse della giustizia costituzionale.

2. La Corte Europea dei Diritti Umani

La Convenzione Europea dei Diritti Umani non è il primo catalogo dei diritti stipulato a livello internazionale: è tuttavia il primo documento internazionale che impegna gli Stati firmatari a riconoscere «ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati» nella Convenzione (art. 1) e che istituisce a tale scopo un'apposita Corte, che funziona in modo permanente (art. 19), mentre gli Stati contraenti «si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti» (art. 46).

Non semplici auspici, non più solo un «ideale da raggiungere da tutti i popoli e da tutte le Nazioni, al fine che ogni individuo e ogni organo della società ... si sforzi di promuovere, con l'insegnamento e l'educazione, il rispetto di questi diritti e di queste libertà» (come è enunciato nel Preambolo della Dichiarazione Universale dei Diritti Umani, proclamata pochi anni prima), bensì un impegno preciso, assunto dagli Stati firmatari (dieci all'origine, quarantasette oggi).

La Convenzione Europea dei Diritti Umani viene firmata nel vecchio continente dopo gli orrori del nazismo, come risposta concreta ed efficace alla cancellazione dei diritti umani che la guerra e il nazismo avevano provocato in Europa.

La Corte Europea non si assume solo il compito di sanzionare le violazioni dei diritti umani da parte degli Stati, ma anche quello di interpretare la Convenzione, adeguando le sue disposizioni alle nuove esigenze e alle trasformazioni sociali. Particolarmente significativo mi pare il caso delle unioni omosessuali. L'art. 12 della CEDU afferma che «l'uomo e la donna hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». La Corte Europea, nel celebre caso *Schalk and Kopf v. Austria*, ha affermato che «*looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women*»¹. La Costituzione italiana fa invece un generico riferimento ai “coniugi” (art. 29), ma la nostra Corte costituzionale ha seguito un approccio storico, anziché evolutivo, sostenendo che «la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto»².

Siccome gli Stati che hanno firmato la CEDU si sono impegnati a riconoscere al loro interno i diritti in essa elencati e a conformarsi alle sentenze della Corte Europea, la nostra Corte costituzionale, con la sentenza n. 349 del 2007, ha stabilito che la CEDU vale come parametro di costituzionalità secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo.

Tale posizione è stata in seguito ridimensionata, specialmente con la sentenza n. 49 del 2015, nella quale la Corte costituzionale italiana ha cercato di limitare gli effetti delle pronunce della Corte Europea, affermando che «Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale». La nostra Corte individua una serie di indici che possono aiutare a comprendere se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento; essi sono: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano.

¹ V. n. 55 della motivazione.

² Sentenza n. 138 del 2010, n. 9 del *Considerato in diritto*

Quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto».

Questo tentativo di ridimensionare gli effetti delle pronunce della Corte Europea dei Diritti Umani ha suscitato critiche in dottrina³ e presso la stessa Corte Europea⁴. E in successive decisioni la nostra Corte costituzionale è tornata a dare ampio rilievo alle pronunce di Strasburgo⁵.

3. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea non è nata per tutelare i diritti umani, ma per assicurare il rispetto dei trattati delle Comunità Europee prima e dell'Unione Europea poi. Finalità sociali, oltre che di mercato, furono tuttavia evidenti fin dall'inizio⁶. Il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea prevedeva all'art. 119 la parità di retribuzione tra uomini e donne, e ciò per assicurare la libera concorrenza e la parità tra gli Stati. La disposizione era stata infatti introdotta su sollecitazione della Francia, la quale temeva che la legislazione che assicurava la parità di trattamento a uomini e donne la ponesse in una situazione di svantaggio sul piano della libera concorrenza nei confronti di Paesi che, pagando meno le donne, potevano ottenere prodotti a costo più basso. Ciò nonostante, la Corte di Giustizia si preoccupò di

³ Zagrebelsky V., *Corte cost. n. 49/2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Osservatorio Costituzionale, Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2015; Ruggeri A., *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015; Rivera I., *L'obbligo di interpretazione conforme alla CEDU e i controlimiti del diritto convenzionale vivente*, in *Federalismi.it*, 2015.

⁴ Nel caso *Parrillo v. Italia* del 27 agosto 2015 si legge «la Corte osserva che, in una recente sentenza (n. 49, depositata in data 26 marzo 2015) in cui essa ha analizzato, *inter alia*, la posizione della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte nell'ordinamento giuridico interno, la Corte costituzionale ha precisato che i tribunali ordinari erano tenuti a conformarsi alla giurisprudenza della Corte soltanto se essa era “consolidata” o espressa in una “sentenza pilota”». La Corte Europea ribadisce che «I principi stabiliti nelle sentenze nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007 devono essere accolti favorevolmente, in particolare per quanto concerne la posizione attribuita alla Convenzione nell'ordinamento giuridico interno e l'incoraggiamento dato alle autorità giudiziarie nazionali a interpretare le norme interne e la Costituzione alla luce della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e della giurisprudenza della Corte». La Corte di Strasburgo, tuttavia, «ha osservato in molte occasioni che nell'ordinamento giuridico italiano i litiganti non hanno il diritto di rivolgersi direttamente alla Corte costituzionale. Soltanto il tribunale che determina il merito della causa ha la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale, su richiesta di una parte o d'ufficio. Conseguentemente tale ricorso non può essere un rimedio di cui è richiesto l'esaurimento ai sensi della Convenzione».

⁵ Con la sentenza n. 276 del 2016, ad esempio, la Corte italiana ha preso in considerazione moltissime decisioni della Corte di Strasburgo e, al termine di una lunga motivazione, ha concluso sulla base dell'interpretazione fornita dalla Corte Europea: «dal quadro delle garanzie apprestate dalla CEDU come interpretate dalla Corte di Strasburgo non è ricavabile un vincolo ad assoggettare una misura amministrativa cautelare, quale la sospensione dalle cariche elettive in conseguenza di una condanna penale non definitiva, al divieto convenzionale di retroattività della legge penale».

⁶ Cfr. G. Fiengo, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *DPCE* 4/2015, p. 1029 ss.

sottolineare, nel caso *Defrenne v. Sabena* (C-43/75), la duplice dimensione, sociale e di mercato, del diritto comunitario e dell'art. 119 in particolare: «In primo luogo, tenuto conto del diverso grado di sviluppo della legislazione sociale nei vari Stati membri, esso serve ad evitare che, nella competizione intracomunitaria, le aziende degli Stati che hanno dato pratica attuazione al principio della parità di retribuzione siano svantaggiate, dal punto di vista della concorrenza, rispetto alle aziende degli Stati che non hanno ancora eliminato la discriminazione retributiva a danno della mano d'opera femminile. In secondo luogo, detta disposizione rientra negli scopi sociali della Comunità, dato che questa non si limita all'unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei, come viene posto in rilievo nel preambolo del trattato».

Fin dagli anni '70, con i casi *Stauder* del 12 novembre 1969 (causa 26-69) e *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970 (causa 11-70), i diritti fondamentali entrarono inoltre nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo la disciplina risultante dalle tradizioni degli Stati membri e dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Un apposito catalogo di diritti per l'Unione Europea fu infine stilato, come è noto, con la Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza nel 2000, che, divenuta Carta europea dei diritti fondamentali, è ora espressamente richiamata dal Trattato di Lisbona⁷.

Con la sentenza n. 348 del 2007 la nostra Corte costituzionale ha affermato che «con l'adesione ai Trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un "ordinamento" più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione».

Anche per il diritto dell'Unione Europea sono quindi stati posti dei limiti, i cosiddetti controlimiti, secondo cui il diritto europeo prevale sul diritto interno a condizione che non violi i principi fondamentali posti dalla Costituzione.

È parso intravedere tale ipotesi nel noto caso *Taricco*⁸ (C-105/14), dove la Corte di Giustizia ha stabilito l'obbligo di disapplicare, nell'ambito di procedimenti penali in corso, le disposizioni del codice penale in materia di prescrizione (articoli 160, ultimo comma, e 161, secondo comma), che, data la complessità e la lunghezza dei procedimenti penali avviati contro le frodi

⁷ Sulla Carta europea e sui documenti che l'hanno maggiormente influenzata v. Spadaro A., *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, in *DPCE* 2/2016, p. 297 ss.

⁸ Cfr. gli atti del Convegno "Aspettando la Corte costituzionale. Il caso *Taricco* e i rapporti tra diritto penale e diritto europeo", in *Rivista AIC*, n. 4/2016; Bernardi A. e Cupelli C. (cur.), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene. 2017; Faggiani V., *Lo strategico rinvio pregiudiziale della Consulta sul caso Taricco*, in *Osservatorio Costituzionale* 1/2017.

gravi in materia di IVA, comportano l'impunità di fatto di queste ultime, in quanto tali reati sono generalmente prescritti prima che la sanzione penale prevista dalla legge possa essere inflitta con sentenza definitiva. In seguito a tale pronuncia, la Corte costituzionale italiana ha chiesto alla Corte di Giustizia, con un rinvio pregiudiziale, entro quali limiti i giudici nazionali siano tenuti a conformarsi a tale obbligo, dal momento che esso violerebbe un principio supremo, quale il principio di legalità dei reati e delle pene, sancito all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione, compromettendo così l'identità costituzionale della Repubblica italiana. La Corte costituzionale sottolinea che il principio di legalità dei reati e delle pene, come interpretato nell'ordinamento giuridico italiano, garantisce un livello di tutela più elevato di quello derivante dall'interpretazione dell'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: se il giudice nazionale applicasse a un procedimento in corso un termine di prescrizione più lungo di quello previsto nel momento in cui tale reato è stato commesso, violerebbe il principio di irretroattività della legge penale più severa.

In attesa della pronuncia della Corte di Giustizia, il 18 luglio 2017 sono state presentate le conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, che ha ribadito l'obbligo di disapplicazione delle norme penali già riconosciuto con la sentenza *Taricco*, di fronte all'esistenza di un rischio sistematico d'impunità. L'avvocato generale si sofferma sui numerosi rilievi effettuati allo Stato italiano all'interno sia dell'Unione Europea che del Consiglio d'Europa con riferimento alla disciplina della prescrizione. La Commissione europea, nel 2014, ha esaminato le conseguenze del regime italiano in materia di prescrizione sulla lotta effettiva alla corruzione, rilevando che «[i] termini di prescrizione previsti dalla disciplina italiana, sommati alla lunghezza dei processi, alle regole e ai metodi di calcolo della prescrizione, alla mancanza di flessibilità circa i motivi per sospendere e interrompere la decorrenza dei termini e all'esistenza di un termine assoluto che non può essere interrotto o sospeso, hanno determinato e determinano tuttora l'estinzione di un gran numero di procedimenti». Nella sua giurisprudenza, la Corte Europea dei Diritti Umani ha inoltre sottolineato «l'inadeguatezza» delle norme sulla prescrizione previste dal codice penale per punire le torture e garantire un effetto sufficientemente dissuasivo, dato che tali norme possono impedire, in concreto, di giudicare e di punire i responsabili, nonostante tutti gli sforzi compiuti dalle autorità inquirenti e giudicanti. Con riferimento ai controlimiti, l'avvocato generale ricorda che secondo la Corte costituzionale solo il «nucleo centrale» di un principio fondamentale può giustificare l'avvio della procedura cosiddetta dei «controlimiti», con esclusione dei diversi istituti nei quali tale diritto può concretamente estrinsecarsi e atteggiarsi nel corso della storia. I principi «supremi» o «fondamentali» dell'ordinamento costituzionale sarebbero quelli che lo identificano e che rappresentano il «nucleo centrale» della Costituzione

italiana, come la natura democratica della Repubblica sancita all'articolo 1 della Costituzione italiana o, ancora, il principio di uguaglianza di cui all'articolo 3 della stessa, e non includerebbero le garanzie processuali, per quanto importanti esse siano. Secondo l'avvocato generale l'applicazione immediata a un procedimento in corso di un termine di prescrizione più lungo di quello previsto dalla legge in vigore al momento della commissione del reato non sarebbe quindi tale da compromettere l'identità nazionale dello Stato.

La "richiesta di ripensamento"⁹, che la Corte costituzionale italiana aveva rivolto alla Corte di Giustizia, parrebbe dunque respinta, se quest'ultima facesse proprie le conclusioni dell'avvocato generale, e si andrebbe così verso uno "scontro frontale"¹⁰.

Controlimiti e tutela dell'identità nazionale ricorrono anche, come è noto, nella giurisprudenza costituzionale della Germania. A partire dalla sentenza Maastricht del 1993 il *BVerfG* ha insistito sul necessario rapporto di collaborazione tra la Corte di Giustizia e il Tribunale costituzionale tedesco, riservando però a quest'ultimo il potere dell'*Identitätskontrolle*, per assicurare l'intangibilità dei principi fondamentali della Costituzione tedesca¹¹. Si tratta tuttavia di un controllo che è impossibile definire in modo assoluto e certo¹².

4. La Corte Interamericana dei Diritti Umani e la Corte Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli.

Carte dei diritti e Corti competenti ad assicurarne l'effettiva applicazione sono sorte anche in America Latina e in Africa. Il modello è quello della Corte Europea dei Diritti Umani.

Sia per la Corte Interamericana che per la Corte Africana il punto di partenza sono Carte dei diritti simili alla Convenzione Europea dei Diritti Umani.

La Convenzione Americana sui Diritti Umani fu adottata nel 1969 ed entrò in vigore nel 1978. Con una formulazione simile a quella contenuta nell'art. 1 della CEDU, l'art. 1 della Convenzione Americana stabilisce che «Gli Stati Parti di questa Convenzione si impegnano a rispettare i diritti e le libertà riconosciuti negli articoli seguenti e ad assicurare a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione il libero e pieno esercizio di tali diritti e libertà, senza discriminazione per ragioni di razza, colore, sesso, lingua, religione, opinione politica o altra, origine nazionale o sociale, condizione economica, nascita o ogni altra condizione sociale».

⁹ Così Kostoris R., *La Corte costituzionale e il caso Taricco, tra tutela dei 'controlimiti' e scontro tra paradigmi*, in *Diritto Penale Contemporaneo* 2017.

¹⁰ Lucev R., *Le conclusioni dell'avvocato generale Bot nella causa sul rinvio pregiudiziale Taricco: verso uno scontro frontale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8.

¹¹ Denninger E., *L'identità costituzionale tedesca e l'Unione europea: riflessioni a partire dalla pronuncia sulle OMT*, in *DPCE* 1/2016, p. 267.

¹² *Ibidem*, 261 ss., spec. p. 269 s.

La Convenzione comprende alcuni diritti contemplati nella CEDU, come il diritto alla vita, alla libertà dalla schiavitù, ad un processo equo, alla irretroattività della legge penale, alla vita privata, alla libertà di coscienza e religione, oltre a diritti di “nuova generazione”, come il diritto di replica, il diritto al nome, i diritti dell’infanzia, il diritto alla nazionalità, i diritti di partecipazione politica.

La Carta Africana dei Diritti dell’Uomo e dei Popoli fu adottata a Nairobi il 28 giugno 1981 ed entrò in vigore nel 1986. Come risulta anche dal titolo, la Carta Africana non tutela solo i diritti individuali, ma anche quelli collettivi dei popoli africani, e ciò viene ribadito dal Preambolo, che insiste sulle specificità della storia dell’Africa, dei problemi legati al colonialismo, all’apartheid e alla discriminazione razziale¹³.

Ai diritti delle persone si uniscono quindi quelli dei popoli. L’art. 3 della Carta Africana stabilisce che «Tutte le persone beneficiano di una totale eguaglianza di fronte alla legge. Tutte le persone hanno diritto a una eguale protezione davanti alla legge», mentre l’art. 19 prevede che «Tutti i popoli sono eguali; essi godono della stessa dignità e hanno gli stessi diritti. Nulla può giustificare la dominazione di un popolo su di un altro». Secondo l’art. 20 «1. Ogni popolo ha diritto all’esistenza. Ogni popolo ha un diritto imprescrittibile e inalienabile all’autodeterminazione. Esso determina liberamente il proprio statuto politico e assicura il proprio sviluppo economico e sociale secondo la via che esso ha liberamente scelto. 2. I popoli colonizzati o oppressi hanno il diritto di liberarsi dalla loro condizione di dominazione ricorrendo a tutti i mezzi riconosciuti dalla comunità internazionale. 3. Tutti i popoli hanno diritto all’assistenza degli Stati Parti alla presente Carta, nella loro lotta di liberazione contro la dominazione politica, economica o culturale straniera».

Entrambe le Carte, al pari della CEDU, predispongono i mezzi per la protezione dei diritti in esse contemplati.

L’art. 33 della Convenzione Americana sui Diritti Umani prevede che l’adempimento degli impegni assunti dagli Stati Parti della Convenzione sia assicurato dalla Commissione Interamericana dei Diritti Umani e dalla Corte Interamericana dei Diritti Umani.

La Commissione, rappresentativa di tutti i Paesi membri dell’Organizzazione degli Stati Americani (OSA), è composta da sette membri di alta autorità morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti umani, eletti a titolo individuale dall’Assemblea Generale

¹³ Come si legge nel preambolo, «Gli Stati africani ... Tenendo conto delle virtù delle loro tradizioni storiche e dei valori della civiltà africana che devono ispirare e caratterizzare le loro riflessioni sulla concezione dei diritti dell’uomo e dei popoli; ... Consapevoli del loro dovere di liberare interamente l’Africa i cui popoli continuano a lottare per la loro vera indipendenza e impegnandosi a eliminare il colonialismo, il neocolonialismo, l’apartheid, il sionismo, le basi militari straniere di aggressione e ogni altra forma di discriminazione, specialmente quelle fondate sulla razza, l’etnia, il colore, il sesso, la lingua, la religione o l’opinione pubblica; ... Hanno convenuto quanto segue ...».

dell'Organizzazione da una lista di candidati proposta dai governi degli Stati membri per una durata di quattro anni, rieleggibili una sola volta. Della Commissione non potrà fare parte più di un cittadino di uno Stato. Alla Commissione spetta promuovere il rispetto e la tutela dei diritti umani: essa rivolge raccomandazioni ai governi degli Stati perché adottino misure progressive in favore dei diritti umani; richiede ai governi informazioni sulle misure da essi adottate; presenta all'Assemblea Generale dell'OSA un rapporto annuale e, soprattutto, riceve le petizioni contenenti denunce o reclami da parte di ogni persona o gruppo di persone o ente non governativo per violazioni della Convenzione commesse da uno Stato membro. La Commissione decide sull'ammissibilità della petizione, raccoglie informazioni presso lo Stato interessato, cerca di raggiungere una composizione amichevole della controversia e, in caso contrario, redige un rapporto e sottopone eventualmente la controversia alla Corte Interamericana dei Diritti Umani.

Quest'ultima è composta da sette giudici nazionali, eletti a titolo individuale tra giuristi della più alta autorità morale e di riconosciuta competenza nel campo dei diritti umani dall'Assemblea generale dell'OSA su proposta degli Stati membri. I giudici non rappresentano gli interessi degli Stati che li propongono. Non ci può essere più di un giudice con la cittadinanza di uno stesso Stato. I giudici della Corte sono eletti per un mandato di sei anni e possono essere rieletti solo una volta. Possono rivolgersi alla Corte gli Stati Parti e la Commissione, non gli individui. Se la Corte ritiene che vi sia stata una violazione di uno dei diritti o libertà protette dalla Convenzione, essa dispone che alla parte offesa sia assicurato il godimento del diritto o libertà violato. Può anche disporre che sia corrisposto un equo indennizzo. La ratifica della Convenzione Americana sui Diritti Umani non implica necessariamente il riconoscimento della giurisdizione della Corte: venticinque Stati hanno ratificato la Convenzione¹⁴ e ventuno di questi hanno riconosciuto la competenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani¹⁵.

Gli articoli 30 e seguenti della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli prevedono la creazione della Commissione Africana sui Diritti dell'Uomo e dei Popoli, col compito di promuovere tali diritti e di assicurarne la protezione in Africa. La Commissione si compone di undici membri scelti a titolo personale tra le personalità africane della più alta considerazione, moralità, integrità ed imparzialità, competenti in materia di diritti dell'uomo e dei popoli, con esperienza nel campo del diritto. La Commissione, entrata in funzione nel 1987, può essere investita di una Comunicazione da parte di uno Stato che ritenga che un altro Stato abbia violato

¹⁴ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasile, Cile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Giamaica, Messico, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Repubblica Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguay e Venezuela.

¹⁵ Dominica, Grenada, Giamaica, Trinidad e Tobago non hanno riconosciuto la competenza della Corte.

le disposizioni della Carta. La Commissione può prendere in esame una questione dopo avere accertato che sono stati esperiti tutti i ricorsi interni e può chiedere agli Stati interessati di fornirle ogni informazione. Dopo avere tentato con tutti i mezzi appropriati di pervenire ad una soluzione amichevole, la Commissione invia una relazione agli Stati interessati e alla Conferenza dei capi di Stato e di governo. La Commissione sottopone inoltre a ogni sessione ordinaria della Conferenza dei capi di Stato e di governo un rapporto sulle sue attività.

In base ad un protocollo adottato nel 1998 ed entrato in vigore nel 2004, alla Commissione si unisce una Corte Africana sui Diritti dell'uomo e dei popoli¹⁶, composta da undici giudici eletti su proposta dei loro Stati tra giuristi africani di provata integrità, di provenienza giudiziaria o accademica e con esperienza nel campo dei diritti umani. I giudici sono eletti per sei anni, rinnovabili una volta. I primi giudici furono eletti nel gennaio 2006. La Corte ha una competenza giudiziaria e consultiva sull'interpretazione e l'applicazione della Carta Africana dei Diritti dell'Uomo e dei Popoli. Le questioni possono esserle sottoposte dalla Commissione Africana sui Diritti dell'uomo e dei popoli, dagli Stati o dalle Organizzazioni intergovernative africane. Organizzazioni non governative e individui possono adire direttamente la Corte solo se lo Stato contro il quale ricorrono ha espressamente riconosciuto la competenza della Corte anche per le questioni sollevate da individui o ONG. A luglio del 2017 questo riconoscimento era stato effettuato da otto¹⁷ dei trenta Stati firmatari del Protocollo¹⁸.

Si riscontrano alcune analogie con la Corte Europea dei Diritti Umani e la sua evoluzione. Sino al Protocollo n. 11 la Commissione Europea dei Diritti dell'Uomo esaminava in via preventiva i ricorsi presentati dagli individui, a differenza di quelli presentati dagli Stati. Sino al Protocollo n. 14, entrato in vigore nel 2014, i giudici della Corte Europea duravano in carica sei anni, rinnovabili, mentre il loro mandato è ora di nove anni, non rinnovabili.

Tenendo conto dei diversi tempi di entrata in vigore delle Corti (1959 quella europea, 1979 quella interamericana e 2006 quella africana), sembra dunque che esse abbiano compiuto e stiano compiendo un cammino analogo per consolidare la protezione dei diritti umani.

Il cammino non è privo di ostacoli. Molte sono le resistenze, come si diceva, sia in dottrina che in giurisprudenza, oltre che da parte dei governi.

¹⁶ Sulla Corte Africana v. Piergigli V., *La protezione dei diritti fondamentali davanti alla Corte africana tra segnali di consolidamento e istanze di riforma*, in *DPCE* 2/2016, p. 365 ss.

¹⁷ Benin, Burkina Faso, Costa d'Avorio, Ghana, Malawi, Mali, Tanzania e Tunisia.

¹⁸ Algeria, Benin, Burkina Faso, Burundi, Camerun, Ciad, Costa d'Avorio, Comoros, Congo, Gabon, Gambia, Ghana, Kenia, Libia, Lesotho, Malawi, Mali, Mozambico, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Repubblica Araba Democratica dei Sahrawi, Sud Africa, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia e Uganda.

Non tutti i Paesi dell'America Latina hanno ancora accettato la competenza della Corte Interamericana, solo otto Paesi africani su trenta hanno al momento riconosciuto la competenza della Corte anche per le questioni sollevate da individui o organizzazioni non governative.

In Venezuela la Sala Costituzionale del Tribunale Supremo di Giustizia si è opposta più volte a decisioni della Corte Interamericana che accertavano la violazione dei diritti umani¹⁹.

A seguito della decisione *Gelman v. Uruguay*, con cui la Corte Interamericana aveva affermato la superiorità del diritto internazionale sulla protezione dei diritti umani nei confronti della stessa legittimità democratica²⁰, la Corte Suprema dell'Uruguay, con la sentenza 22 febbraio 2013, n. 20, ha rivendicato il ruolo di interprete esclusivo della Costituzione dell'Uruguay, constatando l'assenza di disposizioni costituzionali che obblighino le autorità interne a sottomettersi alle decisioni di un giudice sovranazionale²¹.

Anche gli Stati africani, come è stato osservato²², «non sembrano prendere troppo sul serio i verdetti della Corte, sono riottosi a conformarvisi, ... interpretano l'ordine di rimediare tempestivamente alle violazioni dei diritti come una indebite interferenza nelle loro prerogative sovrane».

5. Dialogo o supremazia? Un ritorno al passato?

È stata sottolineata la differenza tra l'approccio europeo, più dialogico, e quello latinoamericano, in cui il diritto sovranazionale tende a porsi non come "compensativo", bensì come "sostitutivo", tanto che il controllo di convenzionalità finisce col prevalere su quello di costituzionalità²³.

Nonostante il carattere tridimensionale e la tutela multilivello che caratterizzerebbero il diritto europeo, secondo quanto dispone l'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea²⁴, anche in Europa la tendenza pare quella di un rafforzamento della giustizia internazionale sui diritti umani, che continua, nonostante tutto, a condizionare sempre più gli ordinamenti interni, la loro legislazione e la loro giurisprudenza.

¹⁹ Cfr. Brewer-Carías A.R., *Dismantling Democracy in Venezuela: The Chávez Authoritarian Experiment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 144 s.; Caielli M. e Palici di Suni E., *La giustizia costituzionale nelle democrazie contemporanee*, Padova, CEDAM, 2017, p. 66.

²⁰ Cfr. Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali tra America latina ed Europa. Casi e problemi*, in Carducci M. e Riberi P. (cur.), *La dinamica delle integrazioni regionali latinoamericane. Casi e materiali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 49; Mocoora J.M., *Justicia transicional, amnistía y Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Gelman y algunas inquietudes*, *ivi*, p. 88 ss.; Lorubbio V., *La produzione/imposizione di un "linguaggio regionale comune" da parte della Corte Interamericana dei Diritti Umani*, *ivi*, p. 103 ss.

²¹ Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali cit.* p. 50.

²² Piergigli V., *La protezione dei diritti fondamentali cit.*, p. 390.

²³ Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali cit.* p. 5 ss. e p. 31.

²⁴ *Ibidem*.

Lo dimostrano, mi sembra, i controversi rapporti tra la Corte costituzionale italiana e la Corte Europea dei Diritti Umani e, ancor più, i cosiddetti “controlimiti”, che risultano quanto mai incerti nel loro contenuto e che nei fatti paiono assumere una portata piuttosto ridotta.

Sia pur tra molte difficoltà²⁵ e riserve²⁶, si sta dunque affermando una cultura sempre più universale dei diritti umani²⁷, anche al di là di quanto espressamente disposto dalle Costituzioni e dalle Corti a livello nazionale.

Le Corti interne e i governi nazionali cercano di opporsi a questo processo, che pare tuttavia irreversibile e che favorisce, a livello giuridico, politico e culturale, un lento ma costante innalzamento delle garanzie individuali ed un miglioramento dei rapporti tra cittadino e Stato, sia nelle democrazie più fragili, come quelle africane e latinoamericane, che nelle democrazie più mature, come quelle europee.

La giustizia internazionale per la tutela dei diritti fondamentali si caratterizza per:

1. la sottoposizione dei singoli ordinamenti a principi generali, che tendono a prevalere sulle Costituzioni, sulle leggi e sulla giurisprudenza interne;
2. la salvaguardia dei diritti fondamentali;
3. la tutela delle minoranze e delle fasce più deboli nei confronti delle maggioranze di governo.

In ciò si possono scorgere forti analogie con le origini della giustizia costituzionale.

Come si è avuto modo di osservare²⁸ si possono individuare tre modelli di giustizia costituzionale.

Il primo modello, sorto nei Paesi di *common law*, condusse innanzi tutto il *Chief Justice Coke* nel caso *Bonham* del 1610 a sostenere la supremazia del diritto naturale e del *common law* sulle leggi: «*when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will controul it, and adjudge such Act to be void*».

²⁵ Tali difficoltà sono evidenziate particolarmente da De Vergottini G., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, il Mulino, 2010. Cfr. anche Id., *Tradizioni costituzionali e vincoli alla comparazione*, in *DPCE* 4/2015, p. 953 ss.

²⁶ Cfr. ad esempio, in relazione al caso *Taricco*, Ricardi G., *La questione di legittimità costituzionale. Obblighi di disapplicazione in malam partem di fonte eurolunitaria tra limiti di attribuzione ‘internazionale’ e controlimiti ‘costituzionali’*, in Atti del Convegno “Aspettando la Corte costituzionale...” cit., p. 10 ss.; Luciani M., *Conclusioni. Chi ha paura dei controlimiti?*, ivi, p. 72 ss.

²⁷ Cfr. Zagrebelsky G., *Corti costituzionali e diritti universali*, in *Rivista Trimestrale di diritto Pubblico*, 2006, p. 297 ss.. Con riferimento all’Europa Häberle P., *La Verfassungsbeschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milano, Giuffrè, 2000, 79 ss.; Id., *Europa come società costituzionale in formazione*, in Palici di Suni E, Cassella F., Comba M., (cur.), *Le Costituzioni dei Paesi dell’Unione Europea*, 2^a ed., Padova, CEDAM, 2001, p. 15 ss. Cfr. anche R. Scarciglia, *Diritto globale e metodologia comparativa: verso un approccio verticale?*, in *DPCE* 4/2015, p. 1011 ss.

²⁸ Palici di Suni E., *Tre modelli di giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC* 1/2016 e in S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (cur.), *La ciencia del derecho Constitucional comparado Libro homenaje a Lucio Pegoraro*, tomo II, México, Tirant Lo Blanch, 2017.

Questo principio ebbe scarso seguito nel Regno Unito e fu definitivamente superato con l'affermarsi della sovranità parlamentare, sancita nel *Bill of Rights* del 1688, ma fu ripreso dai giudici delle colonie americane e poi dai giudici degli Stati Uniti. Nel caso *Calder v. Bull* del 1798 il giudice Chase, esprimendo l'opinione della maggioranza della Corte Suprema, si richiamò ancora alla giustizia naturale, mentre in un'opinione concorrente il giudice Iredell affermò che le Corti devono poter dichiarare invalide le leggi federali o statali che violino i limiti specificamente indicati dalla Costituzione federale, dal momento che la giustizia naturale non è definibile in termini certi e può dar luogo a diverse interpretazioni. L'impostazione di Iredell si consolidò nel notissimo caso *Marbury v. Madison* del 1803, in cui la Corte Suprema degli Stati Uniti riconobbe definitivamente la supremazia della Costituzione sulle leggi e il potere dei giudici di disapplicare le leggi incostituzionali, perché, come scrive il *Chief Justice* Marshall con una terminologia analoga a quella utilizzata duecento anni prima da Coke nel caso *Bonham*, «*an act of the legislature repugnant to the constitution is void*».

Il secondo modello può essere individuato nel ricorso di *amparo*, introdotto in America Latina nel 1841 con la Costituzione dello Yucatan, resosi indipendente dal Messico. Mentre il primo modello garantisce la superiorità del *common law* (e poi della Costituzione) sulle leggi, guardando così ad un rapporto tra fonti e tra poteri dello Stato, questo secondo modello mira a garantire direttamente ai singoli i diritti fondamentali previsti in Costituzione. Conquistata l'indipendenza dalla Spagna nel 1821, il Messico postcoloniale era caratterizzato da una grande instabilità e da scontri e tensioni, alimentati da una profonda depressione economica e dalla cosiddetta guerra delle caste, generata dal risentimento della popolazione locale contro gli spagnoli, che continuavano ad occupare posizioni di rilievo nel Paese e che erano appoggiati dalle classi più elevate. Queste difficoltà spinsero il Messico verso un accentramento dei poteri, cui lo Yucatan si ribellò, dichiarando la propria indipendenza. Dopo la rivolta del 1840 fu presentato un progetto di Costituzione elaborato da Manuel Crescencio Rejón, avvocato e politico, approvato con poche modifiche nel marzo del 1841: l'art. 7 elencava le garanzie individuali, come *derechos de todo habitante del estado, sea nacional o extranjero*, e l'art. 8 stabiliva che i giudici di prima istanza proteggeranno (*amparán*) la piena applicazione dei diritti previsti nell'articolo precedente. In questo modo la Costituzione dello Yucatan si rifà alla tradizione dei ricorsi medievali contro l'arbitrarietà del potere, presenti in Castiglia fin dall'undicesimo secolo, poi applicati in Messico come *amparo* coloniale²⁹, nonché alla Costituzione spagnola di Cadice del 1812, in cui l'art. 373 disponeva che «Ogni Spagnolo ha

²⁹ Cfr. Arroyo Moreno J. Á., *El origen del juicio de amparo*, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2289/6.pdf>, p. 46 ss.

diritto di reclamare innanzi alle Corti, o presso al Re, l'osservanza della Costituzione»³⁰. Per superare il clima derivante dall'anarchia rivoluzionaria e dalla arbitrarietà di governi dispotici³¹, fu dunque introdotto il ricorso di *amparo*, come procedura semplice e veloce per la protezione dei diritti, che fu ripreso dalla Costituzione federale messicana e, con diverse modalità, da tutti gli ordinamenti latino-americani. Il sistema di giustizia costituzionale si differenzia sotto molti profili nei vari Paesi dell'America Latina - alcuni a sindacato diffuso, altri a sindacato accentrato: l'unico aspetto che li accomuna è appunto la presenza di ricorsi diretti di costituzionalità per la tutela dei diritti fondamentali³².

Il terzo modello è quello sorto in Austria: le varie minoranze nazionali presenti nel grande impero austro-ungarico, dopo il progetto di Costituzione redatto a Kremsier dopo i moti del '48, che aveva previsto la libertà di religione (§§ 11-15) e soprattutto, l'eguaglianza di tutti i popoli dell'Impero e il diritto di tutelare la propria nazionalità e la propria lingua, oltre all'eguaglianza nell'uso delle lingue regionali nelle scuole, negli uffici e nella vita pubblica, avevano condotto nel 1867 alla c.d. Costituzione di dicembre. Con essa fu approvato un catalogo dei diritti cui rinvia ancora la Costituzione austriaca attuale, che garantisce il principio di eguaglianza, la libertà personale, la libertà d'opinione e di stampa, le altre libertà classiche e i diritti delle nazionalità. Per garantire tali diritti e per dirimere i conflitti all'interno del *Reich* fu istituito il Tribunale dell'Impero (*Reichsgericht*), competente a giudicare i conflitti di competenza tra autorità giudiziarie e amministrative; tra *Land* e autorità governative; tra *Länder*, nonché i ricorsi (*Beschwerde*) dei cittadini per la violazione dei loro diritti politici garantiti dalla Costituzione, esperiti i ricorsi amministrativi previsti dalla legge. Georg Jellinek suggerì di affidare al Tribunale dell'Impero ulteriori competenze di giustizia costituzionale, e in particolare la competenza a decidere sulla regolarità delle elezioni e sui conflitti di competenza tra la legislazione del *Reich* e quella dei *Länder*, attribuendo inoltre ad una minoranza parlamentare il diritto di ricorrere a tale Tribunale prima dell'approvazione di una legge sospettata di incostituzionalità³³. La Corte costituzionale di derivazione kelseniana fu istituita con la Costituzione del 1920 sul modello del *Reichsgericht*,

³⁰ Sull'influenza della Costituzione di Cadice in Messico cfr. Gamas Torruco J., *La Constitución de Cádiz de 1812 en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Senado de la Republica, UNAM, 2013.

³¹ Rabasa E., *El Artículo 14 y el juicio constitucional*, 2ª ed., México, Porrúa, 1955, p. 231.

³² Sulla particolarità dei sistemi latinoamericani di giustizia costituzionale cfr. Roza Acuña E., *La Tutela o Amparo dei diritti fondamentali in America Latina*, in G. Guidi (cur.), *Un collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino*, Rimini, Maggioli, 2000, p. 213 ss.; Id., *Il costituzionalismo del Messico e dell'America centrale. Evoluzione politico-costituzionale e carte costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2008; Lombardi G., *Le garanzie costituzionali. Appunti delle lezioni*, Torino, CUSL P.G. Frassati, 1984, p. 23 ss.; Rolla G., *L'evoluzione del costituzionalismo in America latina e l'originalità delle esperienze di giustizia costituzionale*, in *Studi urbinati*, 2013; Id., *La origen del amparo mexicano y la evolución de los institutos de tutela de los derechos fundamentales en el continente americano*, in *Nomos* 1/2017.

³³ Jellinek G., *Una Corte costituzionale per l'Austria* (1885), trad. e cura di Palici di Suni E., Torino, Giappichelli, 2013.

rifiutando il sindacato diffuso all'americana, anche perché, come aveva scritto Laband³⁴, una legge o è obbligatoria per tutti (compresi i giudici) o non lo è per nessuno (compresi cittadini e pubblica amministrazione). Secondo l'impostazione di Kelsen la Corte costituzionale, con membri eletti dalle due Camere³⁵, opera come un legislatore: la legislazione, infatti, «non può essere affidata ad un tribunale ... perché l'organizzazione dell'organo legislativo è dominata essenzialmente da punti di vista diversi dalla costituzionalità del suo funzionamento». D'altro canto «annullare una legge significa porre una norma generale...di segno negativo... E un tribunale che ha il potere di annullare le leggi è di conseguenza organo del potere legislativo»³⁶.

Semplificando si può affermare che i modelli originari della giustizia costituzionale mirano a garantire, rispettivamente, la superiorità della giustizia naturale (e poi della Costituzione) sulle leggi, l'effettività dei diritti fondamentali e i diritti delle minoranze nei confronti della maggioranza parlamentare.

La sottoposizione a principi generali contenuti in Carte o Convenzioni internazionali sui diritti umani, che si pongono al di sopra delle maggioranze politiche, delle leggi e delle stesse Costituzioni interne, è dunque un fenomeno recente, che tuttavia ha in sé gli elementi che hanno caratterizzato fin dall'origine la giustizia costituzionale, la cui funzione è appunto quella di porsi come arbitro imparziale a garanzia di valori superiori, che neppure organi rappresentativi, democraticamente eletti, devono poter contraddire³⁷.

³⁴ Laband P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, II, Tübingen, Laupp, 1876, p. 45.

³⁵ Secondo la legge del 1867 il *Reichsgericht* era formato da un Presidente nominato a vita dall'Imperatore e da dodici giudici nominati a vita dall'Imperatore su proposta, per metà, della Camera dei Rappresentanti e, per metà, del Senato.

³⁶ Kelsen H., *La giustizia costituzionale*, trad. di Geraci C., Milano, Giuffrè, 1981, pp. 172-173.

³⁷ Secondo Cassese S., *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, «i poteri pubblici moderni hanno, accanto ad una componente democratica, una componente liberale o garantista ed entrambe svolgono la funzione di tenere sotto controllo il potere» (*ivi*, p. 104 s.): in questo quadro il diritto e le Corti tendono gradatamente a prendere il posto della politica. Cfr. il caso *Gelman vs. Uruguay* della Corte Interamericana, richiamato innanzi, citato criticamente da Carducci M., *La tridimensionalità delle integrazioni regionali* cit., p. 49 s. Sul timore che la protezione internazionale dei diritti possa costituire un attacco al carattere democratico e rappresentativo dei Parlamenti nazionali v. anche Pollicino O., *Allargamento dell'Europa a Est e rapporto tra Corti costituzionali e Corti europee*, Milano, Giuffrè, 2010; Pollicino O. e Sciarabba V., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di Giustizia nella prospettiva della giustizia costituzionale*, in Mezzetti L. (cur.), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, vol. II, Padova, CEDAM, 2011, p. 10 e 91.