UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI
STUDI GIURIDICI

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO COSTITUZIONALE ITALIANO ED EUROPEO

CICLO **XX**

TESI DI DOTTORATO

La disciplina dei rimedi nelle carte regionali dei diritti. La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte interamericana a confronto

Coordinatore: Chiar.mo Prof. **MAURIZIO PEDRAZZA GORLERO**

Tutor: Chiar.ma Prof. ssa **ELISABETTA LAMARQUE**

Dottoranda: Dott. ssa **PALMINA TANZARELLA**

Anno Accademico 2006-2007

INTRODUZIONE

CAPITOLO 1
GLI OBBLIGHI STATALI E I RIMEDI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL 'DIRITTO DEI DIRITTI UMANI'. ASPETTI COMUNI E DIVERSITÀ

1.1 I tratti salienti del diritto internazionale. Ieri come oggi? 9

1.2 La responsabilità degli Stati 12
1.2.1 ILC draft articles e i principi sulla responsabilità degli Stati 14
1.2.2 Il ruolo della Corte internazionale di Giustizia 21
1.2.3 I rimedi legittimi e la loro applicazione 29

1.3 Il diverso *status* dei trattati internazionali sui diritti umani 39

CAPITOLO 2
LA CORTE EUROPEA E LA CORTE INTERAMERICANA PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI.
IL QUADRO ISTITUZIONALE A CONFRONTO

2.1 Le carte regionali dei diritti umani 49

2.2 Il sistema europeo: nascita, struttura ed evoluzione 51
2.2.1 Il sistema Cedu prima del Protocollo n.11 52
2.2.2 L'attuale assetto convenzionale 54
2.2.3 Lo scenario futuro dopo il protocollo n.14 60

2.3 L'organizzazione del sistema interamericano 64
2.3.1 La Commissione nell'ambito della Convenzione americana 69
2.3.2 Il ruolo della Corte: struttura e competenze 73
2.3.3 (segue) La giurisdizione contenziosa 75
2.3.4 (segue) La funzione consultiva 79

2.4 Le disposizioni della Cedu e della Convenzione americana sul potere vincolante delle decisioni e sui rimedi 85
2.4.1 Le previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo 86
2.4.2 Il testo della Convenzione americana 92

CAPITOLO 3
I RIMEDI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA E INTERAMERICANA

3.1 Introduzione 99

3.2 La giurisprudenza della Corte europea 101
3.2.1 Il ruolo rilevante del Comitato dei ministri europeo 102
3.2.2 L'approccio della Corte europea alla disciplina dei rimedi 111
3.2.3 (segue) I rimedi individuali 117
3.2.4 (segue) L'indicazione di misure generali 125
3.2.5 La tecnica delle sentenze 'pilota' 134

3.3 Le decisioni della Corte interamericana 137
3.3.1 I rimedi individuali: l'interpretazione estensiva della restitutio in integrum 143
3.3.2 (segue) La compensazione come forma di rimedio complementare 151
3.3.3 I rimedi strutturali come forma di soddisfazione 153

CAPITOLO 4
IL CONFRONTO DIRETTO TRA LE DUE CORTI E IL MUTAMENTO DELLA LORO NATURA GIURIDICA

4.1 Il raffronto tra le due Corti regionali dei diritti. Che cosa l'Europa può trarre dall'esperienza americana e fino a che punto 167
4.1.1 L'approccio formalistico 170
4.1.2 L'approccio sostanziale 173

4.2 La trasformazione in corso della natura delle Corti regionali dei diritti 180

4.3 Come e perché recuperare la natura sussidiaria delle Corti regionali 190

CAPITOLO 5
LE RISPOSTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO AI RIMEDI IMPOSTI DAGLI ORGANI DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Breve premessa 197

5.1 Il crescente contenzioso italiano, fattore chiave per la ricollocazione della Cedu nel sistema delle fonti 198

5.2 Le posizioni dottrinali sulla valenza normativa della Cedu 200

5.3 Gli orientamenti della giurisprudenza ordinaria e costituzionale italiana 206
5.3.1 L'atteggiamento della Corte costituzionale 209
5.3.2 (segue) I giudici comuni. Alcune considerazioni generali 211
5.3.3 (segue) I casi giurisprudenziali più significativi 213

5.4 Le riforme legislative in risposta all'adeguamento alla giurisprudenza Cedu 227

5.5 La Cedu a un bivio dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007: parametro interpretativo o costituzionalizzazione dei suoi principi? 240

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'affermazione inaspettata dello *human rights law* ha provocato un graduale processo di erosione della sovranità statale nel campo dei diritti e delle libertà fondamentali. L'elemento cardine di tale mutamento è senza dubbio il ruolo centrale che gli individui hanno assunto e assumono sempre di più sulla scena giuridica internazionale; un evento dovuto, in primo luogo, all'opportunità che oggi questi hanno di ricorrere a organi esterni per accertare violazioni statali.

A fronte dei classici rapporti di reciprocità tra le Alte parti contraenti firmatarie dei trattati, le carte dei diritti si spingono oltre fino a determinare un'efficacia *erga omnes* che supera i confini territoriali. Nell'ambito di tali convenzioni, gli Stati detengono infatti obblighi precisi non soltanto l'uno verso l'altro ma direttamente nei confronti dei propri cittadini e di quelli dei paesi aderenti a tali accordi. Questa impostazione, alquanto rivoluzionaria, non si limita a produrre effetti nel contesto internazionale ma ha forti ripercussioni all'interno degli ordinamenti stessi.

È certo tuttavia che le principali conseguenze sono prodotte da quelle carte che prevedono un organo giurisdizionale atte a custodirle; a tal riguardo si fa riferimento alle Corti regionali dei diritti dell'uomo che influiscono in diversa misura sulle attività statali. Se da un lato queste convenzioni non necessitano obbligatoriamente dell'incorporazione nell'ordinamento interno, dall'altro i paesi membri sono comunque vincolati a rispettare i diritti in esse contemplati, inducendo gli Stati ad accettare le direttive impartite dalle Corti preposte all'interpretazione di tali documenti [1].

Quanto affermato non deve far credere che le carte in questione, e la giurisprudenza ad esse relativa, abbiano la forza di creare autonomamente obblighi precisi in capo agli Stati. A differenza dei trattati sull'adesione all'Unione europea, nelle convenzioni regionali dei diritti fondamentali non vi è né una disposizione paragonabile

[1] Cfr ad es. il caso Lithgow e altri c. Regno Unito dell'8 luglio 1986 in cui la Corte ha affermato : "Although there is no obligation to incorporate the Convention into domestic law, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention the substance of the rights and freedoms set forth must be secured under the domestic legal order, in some form or another, to everyone within the jurisdiction of the Contracting States …The Article 13 guarantees the availability within the national legal order of an effective remedy to enforce the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured".

all'art. 234 TUE, che legittima la disapplicazione della norma interna a favore di quella comunitaria, rafforzato anche dal possibile ricorso in via pregiudiziale, né un'ipotesi di sviluppo di una giurisprudenza pari a quella della Corte di Giustizia delle Comunità europee, la quale ha esplicitato il principio del primato e dell'effetto diretto grazie anche al difficile compromesso raggiunto con alcune Corti costituzionali interne[2].

Le convenzioni sui diritti rientrano nella sfera dei trattati internazionali *tout court*, determinando l'illiceità dell'atto piuttosto che la sua invalidità. Esse, infatti, si limitano a originare la responsabilità degli Stati inadempienti e non conducono a uno stravolgimento automatico del sistema delle fonti interne[3]. Da qui il classico problema dell'*enforcement* del diritto internazionale che si estende, in una certa misura, perfino alle carte dei diritti che per il tipo di soggetti a cui sono indirizzate, si avvicinano ai sistemi sovranazionali. Ciononostante, vanno via via affermandosi principi giurisprudenziali delle Corti regionali che intendono ottemperare a questa congenita sofferenza arricchendo la disciplina dei rimedi che, divergendo significativamente da quella propria del diritto internazionale, può oggi essere considerata il mezzo attraverso cui la giurisprudenza delle Corti dei diritti conquista un ruolo sempre più rilevante negli ordinamenti statali.

L'analisi dei rimedi, letta in quest'ottica, offre lo spunto per comprendere la trasformazione in atto della natura giuridica delle Corti europea e interamericana. A tal proposito, è necessario preliminarmente sottolineare il duplice significato del termine 'rimedi', il quale può essere inteso in senso procedurale e sostanziale. Dal primo punto di vista, i rimedi rappresentano il processo attraverso cui vengono discussi e decisi i ricorsi sulle violazioni di diritti da giudici o autorità amministrative competenti[4]; nella seconda accezione, invece, essi sono il risultato di tali procedimenti, ovvero la previsione di misure atte a risarcire le vittime non solo pecuniariamente. Affinché si possa parlare di rimedio a una violazione si deve inevitabilmente, in tale ambito, far riferimento ai meccanismi che gli organi competenti hanno a disposizione per porvi fine.

[2] Cfr. tra gli altri M. Cartabia e J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna 2002, 73-98, 129-135.
[3] È chiaro sul punto L. M. Diez Picazo, *Limites internationales au pouvoir constituant*, in Renoveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Parigi, 2007, 1206.
[4] In tal caso si parla di diritto a un ricorso effettivo, contemplato ad es. nell'art. 13 della Cedu.

In relazione a questo secondo significato, il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare l'evoluzione giurisprudenziale in tema di *enforcement* delle Corti regionali più all'avanguardia, ovvero la Corte europea dei diritti e quella interamericana. L'esame delle disposizioni convenzionali e della prassi sul tema permetterà di evidenziare come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti Cedu) e quella americana, nate entrambe con le qualità specifiche dei trattati internazionali classici, si siano poi trasformate in fonti sovranazionali che, sotto certi aspetti, assumono i contorni di carte costituzionali.

Tale mutamento non può essere sottovalutato in relazione non solo al rapporto tra il diritto internazionale e quello interno, ma più in generale ai principi del costituzionalismo liberaldemocratico come finora conosciuto e interpretato. Gli interrogativi che emergono sono molteplici e hanno come matrice comune la preoccupazione che sistemi internazionali così concepiti possano divenire, senza le necessarie precauzioni innanzitutto di ordine formale, il grimaldello per destabilizzare gli equilibri costituzionali raggiunti a fatica.

Su quali basi le pronunce di queste due Corti possono avere effetti diretti negli ordinamenti nazionali? Qual è la loro fonte di legittimazione? Essa deriva dai governi o direttamente dal popolo sovrano? Esistono meccanismi di 'garanzia' che assicurano un giusto raccordo tra le competenze delle Corti sovranazionali e di quelle interne? E ancora, come si rapportano le prime con i poteri dei Parlamenti?

Non si vuole, né si potrebbe, fornire risposte certe ai numerosi quesiti che emergono, l'intento è tuttavia evidenziare le problematicità sul tema in modo da avviare utili riflessioni per sottolineare come, attraverso la disciplina dei rimedi, queste due Corti stiano preparando il terreno per divenire giudici di principi, allontanandosi così dal ruolo di giudici 'del caso concreto'.

Entrando nello specifico sulla struttura di questo lavoro, per meglio dimostrare il lento mutamento della natura giuridica delle Corte regionali dei diritti attraverso le forme di riparazione imposte, si è voluto esordire con una panoramica generale sui principi internazionali relativi alla disciplina dei rimedi, per poi esaminare l'organizzazione dei sistemi sovranazionali – europeo e interamericano – e analizzare quindi le disposizioni convenzionali in tema di riparazioni e la loro applicazione giurisprudenziale.

Con lo schema tracciato si intenderà evidenziare come i rimedi rappresentino proprio l'elemento chiave con cui la Cedu e la Convenzione americana hanno guadagnato una posizione di rilievo nel sistema delle fonti interne, prescindendo dal loro recepimento formale. Nel diritto internazionale classico, le forme di riparazione, seppur codificate, non sono considerate un fattore indispensabile nel processo internazionale, lasciando agli Stati massima libertà nel decidere come rimediare a un illecito. Al contrario, nel diritto dei diritti umani e, in particolare, nelle carte regionali, i rimedi sono gradatamente divenuti il fulcro attorno cui ruota l'idea di rispetto concreto dei diritti, trovando una collocazione precisa nelle decisioni; tutto ciò nonostante la mancanza di espliciti poteri di *enforcement* che assicurerebbero il seguito delle sentenze sovranazionali.

Entrando nel merito della trattazione, si partirà dall'analisi della disciplina dei rimedi nel diritto internazionale. Nel primo capitolo, ci si concentrerà sulla natura degli obblighi statali nel caso di inottemperanza degli accordi stipulati in ambito internazionale, con riferimento dapprima alla situazione generale sulla disciplina della responsabilità degli Stati, sulle relative basi giuridiche internazionali e la giurisprudenza attinente e, da ultimo, sui tratti distintivi della responsabilità statale rispetto alla peculiare categoria dei diritti umani. Tale trattazione accerta la diversa natura degli obblighi internazionali con riferimento allo *human rights law* che, al contrario del diritto internazionale classico, si spinge verso una regolamentazione verticale dei rapporti tra i diversi soggetti giuridici.

Dopo un rapido *excursus* sulle caratteristiche del sistema europeo e interamericano, in cui si sottolineeranno la nascita, la struttura organizzativa e le competenze proprie delle Corti, nel secondo e terzo capitolo verranno analizzati i tratti distintivi concernenti l'effettività delle decisioni della Corte europea e interamericana attraverso l'evoluzione della disciplina dei rimedi. In particolare, lo studio si articolerà su due diverse direttrici: la prima più statica, relativa alla riflessione sulle disposizioni convenzionali che hanno come oggetto specifico sia il valore vincolante delle decisioni delle Corti regionali sia le forme di riparazione previste nelle Carte in oggetto; la seconda più dinamica, inerente la prassi delle due Corti per evidenziare, in una prospettiva diacronica, l'interpretazione data alle disposizioni convenzionali sui rimedi, sottolineandone il cambiamento di impostazione causato da situazioni contingenti.

Queste hanno infatti portato i giudici ad assumere un ruolo più attivo, permettendo loro di intervenire frequentemente negli affari interni agli Stati.

Più in particolare, la Corte europea, inizialmente prudente sull'*enforcement* delle decisioni, ha finito con l'adottare tecniche giurisprudenziali che vanno al di là della disciplina dei rimedi propria del diritto internazionale classico e dell'interpretazione letterale della Cedu, la quale non fornisce ai giudici ampi margini di manovra. Nonostante le visibili carenze di ordine formale, la Corte europea insiste oggi, dopo graduali cambiamenti di posizione, sull'adozione di rimedi individuali ritenuti adeguati per porre fine all'illecito che mettono tuttavia in discussione principi statali come l'intangibilità del giudicato; al contempo, essa ha dato avvio ad una giurisprudenza che detta misure generali capaci di influenzare le decisioni dei giudici interni, nonché dei Parlamenti. Nella ricerca proposta verranno riportate sentenze in cui i giudici di Strasburgo non lasciano alcun margine di discrezionalità statale, creando situazioni di conflitto finanche con le disposizioni costituzionali interne, come nei casi italiani sull'esproprio.

La Corte interamericana, a differenza di quella europea, ha mostrato sin da subito un atteggiamento autorevole in tema di *enforcement* che non lascia agli Stati spazio alcuno per decidere su come adeguarsi alle violazioni convenzionali dichiarate. L'impostazione della Corte americana è supportata sia da disposizioni convenzionali che le consentono esplicitamente di insistere sui rimedi individuali, sia da una tecnica procedurale che le permette di intervenire nella fase di controllo dell'esecuzione delle sentenze. In quest'ottica, la Corte non solo si comporta come un giudice penale nell'ordinare la scarcerazione immediata delle vittime o, ancora, come un giudice di Cassazione nel valutare l'applicazione del diritto interno ai casi proposti, ma si spinge, a dichiarare, come soltanto compete alle Corti costituzionali, il principio dell'effetto diretto delle sue pronunce, esigendo l'annullamento delle leggi statali; concetto comunque che, come si vedrà, non è stato del tutto accolto dagli Stati membri.

I tratti distintivi dei due sistemi evidenziati fino a questo punto della trattazione, daranno modo di individuare, nel quarto capitolo, gli ambiti in cui la Corte europea – la cui giurisprudenza interessa da vicino per le sue inevitabili ripercussioni sull'ordinamento italiano – può attingere dall'esperienza della Corte interamericana a seconda dei contesti di riferimento. L'approccio creativo utilizzato nella giurisprudenza

americana non può essere del tutto assimilato dal sistema europeo, per evidenti differenze del contesto socio culturale in cui le due Corti si trovano ad operare. I paesi dell'America latina si definiscono ad oggi democrazie in transizione rispetto ai consolidati sistemi costituzionali dell'Europa occidentale. Tuttavia, l'allargamento ad Est dell'Europa pone problemi che chiamano in causa anche Strasburgo, costretta a fornire adeguati standard di protezione minima dei diritti fondamentali.

Anticipando sin d'ora le conclusioni a cui si è giunti, si ritiene che la Corte di Strasburgo debba necessariamente trarre spunto da quella americana limitatamente ai casi di gravi violazioni delle libertà assicurate dalla Cedu su cui non necessita verificare l'esistenza di un comune consenso. Conseguentemente, in tali casi sarebbe utile mettere da parte il principio di sussidiarietà a cui le Convenzioni sui diritti umani s'ispirano, in quanto entrano in gioco gli stessi principi dello stato di diritto. In definitiva, si ritiene che le forme di rimedi adottate dal sistema americano e che, molto più di quelle invocate dall'Europa, si addentrano in campi finora considerati statali, possano rappresentare dei validi esempi per Strasburgo in relazione a quei casi in cui è in gioco l'incolumità fisica delle persone.

Un'evoluzione così audace dei rimedi condurrebbe tuttavia a uno spostamento del baricentro decisionale dai Parlamenti e dai giudici costituzionali interni a una Corte sovranazionale sprovvista di una legittimazione formale adeguata. Se tale atteggiamento può accettarsi nei casi limite, che pongono seri dubbi sulla tenuta democratica dei sistemi interni, ci si chiede se ciò sia altrettanto plausibile per la tutela di quei diritti che presuppongono una comunanza di idee su determinati valori fondativi di una società.

A tal proposito, verranno avviate una serie di riflessioni sul mutamento giuridico delle carte analizzate che non può essere sottovalutato nell'ambito dei principi costituzionalisti consolidati. Ci si chiederà, qualora attraverso l'analisi svolta precedentemente si dimostri una natura costituzionalmente affine di tali Corti, se non sia più conveniente tracciare una linea di confine tra quanto esse possano fare per assicurare un concreto rispetto dei diritti umani e quanto vada lasciato al potere politico nazionale. Un dubbio che risulta evidentemente più urgente se l'analisi si ferma all'Europa, dove Strasburgo è chiamata a risolvere non solo casi di protezione 'minima' dei diritti ma altresì questioni etiche di rilievo sui cui non esiste una politica comune europea.

In conclusione, il quinto e ultimo capitolo considererà la relazione fra l'ordinamento italiano e la Cedu quale esempio concreto della trasformazione giuridica della Corte europea attraverso la disciplina dei rimedi. L'analisi della giurisprudenza di Strasburgo e della prassi del Comitato dei ministri europeo relativa all'Italia mostrerà come sempre più sentenze giudicano qualitativamente le nostre leggi o le applicazioni giurisprudenziali di esse, inducendo Parlamento e giudici italiani ad adeguarsi alle insistenti richieste europee, soprattutto in relazione a punti nevralgici del nostro sistema come il funzionamento dell'ordinamento giudiziario.

A tale scopo, verrà esposto un breve quadro delle correnti dottrinali, giurisprudenziali e legislative italiane che evidenziano la progressiva apertura verso il sistema europeo, sfociata più di recente nell'elevazione della Cedu e della relativa giurisprudenza a rango di norma costituzionalmente interposta. Un'ipotesi, questa, negata finora dalla stessa Corte costituzionale, la quale riteneva la Convenzione un valido supporto interpretativo *ad adiuvandum* dei precetti costituzionali, avvalorando la tesi di una sempre maggiore influenza del sistema europeo.

CAPITOLO 1

GLI OBBLIGHI STATALI E I RIMEDI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL 'DIRITTO DEI DIRITTI UMANI'. ASPETTI COMUNI E DIVERSITÀ

1.1 I tratti salienti del diritto internazionale. Ieri come oggi?

Come è noto, il sistema giuridico internazionale si colloca tradizionalmente su un piano orizzontale di rapporti tra Stati[5] che esercitano, indipendentemente l'uno dall'altro, la propria sovranità. Ciò induce a considerare il diritto internazionale quale diritto di coordinazione, a differenza di quello interno definibile come diritto di subordinazione[6]. In tal senso, soltanto gli Stati sovrani possiedono la titolarità soggettiva per porre in essere norme giuridiche internazionali e, di conseguenza, essi sono gli unici destinatari di tali precetti. Le organizzazioni intergovernative[7], così come i singoli individui, non sono percepiti quali autori del diritto internazionale, tutt'al più subiscono indirettamente le decisioni che politicamente prendono gli Stati.

La peculiarità di tale sistema ha portato i maggiori studiosi della disciplina a definire quello internazionale come un diritto anomalo che, impropriamente può dirsi tale[8]. Mancano alcuni degli elementi essenziali che, al contrario, se presenti, gli

[5] J. Bentham è stato il primo filosofo del diritto a coniare il termine "*inter-national law*" rigettando la visione monistica e accogliendo invece l'idea di un sistema che si regge attraverso l'operato orizzontale degli Stati. Cfr. J. Bentham, *An introduction to the pinciple of morals and legislation*, a cura di J. H. Burns & H.L.A. Hart, 1970.

[6] Così si esprime S. Rosenne in *The perplexities of modern International law*, Leiden/Boston, 2004, pag. 15 ss.

[7] Vero è tuttavia che sono ormai molto numerose le organizzazioni internazionali a cui si riconosce la personalità giuridica, prima fra tutti l'Onu. Il loro *status* però si differenza da quello degli Stati in quanto esse non possono creare il diritto internazionale ma al massimo possono contribuire alla sua evoluzione dando degli indirizzi precisi agli Stati. Sull'argomento cfr. I. Brownlie, *Principles of public international law*, Oxford, 6th ed. 2003, pp. 647-670.

[8] Così J. Austin nelle sue lezioni come primo professore di *Jurisprudence* all'Università di Londra nel 1832 (The Province of Jurisprudence Determoned 141-42, 200-01). L'A. sottolinea che gli obblighi del diritto internazionale sono imposti soltanto attraverso sanzioni di natura morale.

farebbero guadagnare l'etichetta di diritto in senso stretto. Ci si riferisce ovviamente ai principi cardine di qualsiasi ordinamento democratico che si fonda sull'idea di stato di diritto: la tripartizione classica dei poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – con la loro chiara legittimazione, la presenza di Corti costituzionali e, ciò che più conta ai fini di questo lavoro, il meccanismo di *enforcement* delle decisioni giudiziali.

In concreto, il diritto internazionale si forma sulla base di accordi interstatali nonostante dispensi diritti e imponga doveri agli individui. Esso opera quasi esclusivamente in ambito politico, attraverso mediazioni diplomatiche, o anche in conseguenza di pressioni di carattere economico[9]. In questa ottica, si potrebbe facilmente sostenere che qualsiasi tentativo di risolvere le controversie internazionali con i metodi giuridici fallirebbe dinanzi alla reticenza politica degli Stati che, in qualsiasi momento, potrebbero opporre la propria sovranità.

È intuibile come tale affermazione sia quanto meno riduttiva almeno per due ordini di motivi. Innanzitutto, l'intero impianto del diritto internazionale si sarebbe sgretolato da tempo perché continuamente minacciato dai passi indietro compiuti dagli Stati. Attraverso la recessione dai Trattati[10] o il disconoscimento della giurisdizione delle corti internazionali, *in primis* della Corte internazionale di giustizia (ICJ)[11], gli ordinamenti interni avrebbero, e hanno avuto, innumerevoli occasioni per evitare *diktat* internazionali. Tuttavia, non per questo si è messa in discussione la tenuta del sistema. In secondo luogo, seppur mossi da ragioni politiche o addirittura utilitaristiche[12], non sembra che gli Stati abbiano l'interesse ad arroccarsi in posizioni che li isolerebbero dal

[9] Cfr. J. Currie, *Public international law*, Toronto, 2001, pag.4; S. Rosenne, *The perplexities of modern International law*, Leiden/Boston, 2004, pag.17.

[10] Qualsiasi trattato internazionale incorpora in sé disposizioni che permettono di recedere. In generale, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati stabilisce le regole fondamentali per eventuali estinzioni, recessi o sospensione dei trattati. Cfr. la sez. 3 della Convenzione sull' "Estinzione dei Trattati e sospensione della loro applicazione". Fanno eccezione le Convenzioni per la protezione dei diritti umani di cui si parlerà più ampiamente in seguito. La giustificazione all'inderogabilità di alcuni diritti individuali, e quindi alla preclusione di qualsiasi riserva degli Stati, rientra in un concetto più generale di norme consuetudinarie o di *jus cogens*. Quest'ultimo è un concetto molto dibattutto sia in dottrina sia in giurisprudenza in quanto, presupponendo che queste norme siano insite e in nessun caso derogabili, rischia di diventare preda di interpretazioni soggettive da parte dei giuristi. Inoltre, la loro affermazione è abbastanza osteggiata dagli Stati che altrimenti si sentirebbero vincolati a conformarvisi in qualsiasi caso, minacciando il principio di sovranità. Sull'argomento cfr, I. Brownlie, *Principles of public international law*, cit., pp. 488-490.

[11] Esemplificativo in tal senso è il c.d caso Nicaragua del 1986 portato dinanzi alla Corte di Giustizia in cui vedevano scontrarsi gli Stati Uniti contro appunto il Nicaragua e di cui si parlerà più avanti al § 1.2.2.

[12] Si fa riferimento alla corrente filosofica dei razionalisti, il cui maggiore esponente è T. Hobbes, il quale sosteneva che gli Stati rispettano i vincoli internazionali soltanto per soddisfare i propri interessi.

resto della comunità internazionale. Le radici storiche dell'internazionalismo, la sua evoluzione, nonché la sfida odierna della globalizzazione non lascerebbero molti margini di scelta a quegli Stati che ostinati a non raggiungere accordi con gli altri[13].

Non è certo questa la sede per approfondire gli aspetti filosofici e pragmatici che stanno alla base del diritto internazionale. L'intento è quello di tracciare invece, per quanto possibile, alcune linee di confine tra il diritto internazionale in senso stretto, comunque debole rispetto alle decisioni degli Stati più autorevoli, e il suo sviluppo riguardo alla particolare tematica dello *human rights law* che, al contrario, si spinge sempre più verso una regolamentazione verticale tipica degli ordinamenti interni, distaccandosi quasi completamente dalla sua radice internazionale.

Le differenze che si possono cogliere tra i canoni che governano i trattati internazionali generali e quelli particolari sui diritti umani sono numerose; ai fini di questo lavoro ci si concentrerà tuttavia sugli obblighi ricadenti sugli Stati nel caso di inottemperanza degli accordi stipulati. A tale scopo si procederà dapprima facendo riferimento alla situazione generale sulla disciplina della responsabilità statale, le sue basi giuridiche e la giurisprudenza attinente e, in secondo luogo, sui tratti distintivi della responsabilità statale rispetto ai diritti umani.

[13] Sarebbe pretenzioso affrontare in poche righe gli approcci filosofici al diritto internazionale. Basti qui ricordare che, nonostante si contraddicano tra loro, le diverse teorie hanno contribuito a dare una definizione della disciplina. Tra le più suggestive ricostruzioni odierne del diritto internazionale si possono citare quelle di H. H. Koh e di R. P. George. Il primo, nel suo saggio *Why do nations obey international law?* (Yale L. J., vol. 106, 1997, pag. 2559 ss.) sostiene che gli Stati obbediscono al diritto internazionale perché protagonisti di un 'processo giuridico transnazionale'. Gli attori che interagiscono sul piano internazionale creano nuove regole giuridiche la cui interpretazione verrà internalizzata in modo da seguire le stesse norme nelle successive interazioni. Ciò secondo Koh aiuta a ricostruire gli interessi, se non anche le identità, dei partecipanti al processo. Le mosse da cui prende spunto l'A. sono legate al riconoscimento di una 'nuova sovranità' in cui gli Stati non reclamano il dovere di non interferenza tra loro, ma rivendicano lo *status* di membro nella comunità internazionale per non esserne esclusi. George propone invece una visione di diritto internazionale in senso funzionale al perseguimento del 'bene comune'. Ciascuno Stato non può, con le sole proprie forze, raggiungere tale obiettivo, per tale motivo si appoggia al diritto internazionale che funge da supplemento a quello interno. Il sistema si regge sulla base di due elementi legati tra loro: da un lato il principio di sussidiarietà di modo tale che venga preservata la pluralità e quindi l'autonomia culturale che contraddistingue i diversi paesi; dall'altro attraverso l'idea che quello internazionale non è un ordinamento unico che si sostituisce ai singoli Stati, ma si manifesta in forme diverse a seconda dei contesti – mutuando il termine tomistico *determinatio.* Risulta interessante anche la soluzione proposta da P. Alliot nel suo saggio *The true of law in iternational community* (Indiana Journal of Global Legal Studies, spring 1998). L'A. sostiene che il diritto internazionale, poiché deve conformarsi al bene comune globale, ha come scopo quello di costituzionalizzare l'umanità, ovvero indirizzare la società verso la cultura della salvaguardia del *common good*.

1.2 La responsabilità degli Stati

La responsabilità a livello internazionale non coincide col concetto di responsabilità nazionale. Seppur prenda le mosse da quest'ultimo, la struttura e i contenuti del diritto internazionale conducono a un modello avente delle caratteristiche proprie.

In termini generali, si può affermare che per responsabilità s'intende la relativa conseguenza giuridica di un illecito compiuto da uno Stato nei confronti di un altro Stato. Si sostanzia dunque nell'obbligo di fornire un 'rimedio' al fine non solo di porre termine all'inadempienza ma anche di riparare ai danni causati. Più specificamente, per tratteggiare meglio i contorni della responsabilità, gli studiosi preferiscono distinguere tra obbligazioni di carattere 'primario' e obbligazioni di carattere 'secondario'[14]. Con le prime ci si riferisce agli obblighi sostanziali – il rispetto delle disposizioni di un trattato, l'astenersi dall'uso della forza secondo quanto dispone la Carta dell'Onu, etc. –, con le seconde agli obblighi che scaturiscono dalla violazione di quelli primari. È a queste ultime che si fa riferimento quando si parla di responsabilità internazionale, "quale corollario necessario di un diritto"[15] che, se violato, deve assolutamente ottenere una riparazione.

In definitiva, quella internazionale incarna l'idea di responsabilità propria del diritto interno – il risarcimento del danno se alcune regole giuridiche sono infrante –ma

[14] Una distinzione questa accolta dalla International law commission incaricata di codificare l'istituto della responsabilità internazionale dapprima dalla Società delle Nazioni e di seguito dall'Assemblea Generale dell'Onu. Nella parte introduttiva del Rapporto A/56/10 del 2001 in cui si specificano i principi a cui la Commissione si è ispirata per l'elaborazione dei *draft articles* in tema di responsabilità, essa ribadisce che si è data enfasi alle norme secondarie della responsabilità, ovvero "quelle condizioni generali di diritto internazionale secondo cui gli Stati risulterebbero responsabili per la commissione di atti illeciti e omissioni con le relative conseguenze". Non vi è l'intento invece di definire quali sono le violazioni degli obblighi internazionali che danno luogo a una responsabilità, questa infatti è una funzione affidata alle norme primarie la cui codificazione è materia di trattati, consuetudini e principi generali di diritto internazionale. Posizione questa fortemente voluta da Roberto Ago, nominato *rapporteur* della Commissione nel 1963.

[15] Così il giudice Huber in un rapporto su *Spanish Zone of Marocco Claims* riportato da I. Brownlie, *Principles of public international law*, cit., pag. 434. Anche la Corte permanente internazionale di giustizia, nel caso *Chorzów Factory* (Claim for Indemnity) (Merits), ha stabilito che "è un principio di diritto internazionale che la violazione di un impegno implica l'obbligo di riparare in una forma adeguata. La riparazione quindi è un completamento indispensabile di un di un fallimento al fine di rispettare una convenzione e non è necessario stabilire ciò in un trattato". (PCIJ, 1928, Ser. A, n. 13, pag. 29).

si contraddistingue da questa in quanto chi ne risponde personalmente sono soltanto gli Stati e chi agisce per loro conto[16]. Per di più non si fa una distinzione sulle responsabilità che si profilano a seconda del tipo di violazione degli obblighi primari. Non c'è infatti né diversità di trattamento tra responsabilità penali o civili, né è indicativo l'aspetto soggettivo di volontarietà dell'atto illecito[17] – esistenza di colpa o dolo – che invece caratterizza i sistemi nazionali. Qualsiasi atto che va contro i principi internazionali stabiliti dai trattati o affermatisi a livello consuetudinario dà origine a una responsabilità statale.

Queste sostanziali differenze sono il sintomo di un sistema di responsabilità che a livello internazionale si è affermato da poco. Tradizionalmente gli Stati si accordavano tra loro sul modo di riparare a eventuali violazioni di intese stipulate tra essi stessi. Nel caso poi non riuscivano a raggiungere una soluzione amicale si sentivano autorizzati a scatenare violente rappresaglie. Dal diciannovesimo secolo in avanti, quando i tempi si facevano più maturi per la costruzione di un diritto internazionale fondato sui principi dello stato di diritto più che sull'uso della forza, si ebbe la consapevolezza della opportunità di stabilire delle regole fondamentali sulla responsabilità statale, attenuando la consueta e persistente tensione tra gli interessi dei singoli Stati, rivendicati sulla base del principio di sovranità, e quelli della comunità internazionale concepita come un *unicum*[18].

---

[16] Fanno eccezione in tal senso i tribunali *ad hoc* istituiti nell'ambito del diritto umanitario e la Corte penale internazionale che persegue crimini di guerra, contro l'umanità, e i genocidi. Il primo esempio di questo genere di Tribunale risale a quello militare di Norimberga, che giudicò la Germania per crimini di guerra e l'olocausto, e i Tribunali penali per i crimini commessi nella ex Jugoslavia e in Ruanda. L'esempio di questi tribunali ha spinto gli operatori a istituire nel 1998 la Corte penale internazionale con l'adozione dello Statuto di Roma. A differenza dei principi generali della responsabilità internazionale, che vede imputabili solo gli Stati, quella penale si basa sul principio di responsabilità penale individuale per le più gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, anche quando il comportamento in questione non fosse vietato dalla normativa nazionale, o anche nel caso in cui si fosse agito per dar corso ad ordini superiori.

[17] Come autorevolmente sostenuto in dottrina (ad es. Brownlie, Borchard, Shwarzebberger, v. I. Brownlie, *Principles of public international law*, cit., nota n. 26, pag. 423.), la violazione di un atto internazionale dà origine a una responsabilità qualunque sia la motivazione che abbia spinto lo Stato in questione a trasgredire. Non vi è quindi l'onere di provare l'intenzionalità dell'azione. La dimostrazione dell'esistenza di dolo o colpa è utile invece per poter stabilire l'ammontare dei danni da risarcire. A supportare tale tesi è anche l'orientamento degli organi arbitrali e della Corte internazionale di giustizia che sembrano ignorare l'intenzionalità, la negligenza o altre forme di colpa per verificare la sussistenza di una qualche responsabilità.

[18] Tensione che a dire il vero torna in auge nel momento in cui si cerca di dare esecuzione a quanto gli organi internazionali stabiliscono, in particolare le Corti, per porre rimedio alle eventuali violazioni.

Ciononostante, ancora oggi il modo che appare più consono per l'applicazione di tali regole risulta essere quello diplomatico attraverso l'operato dei ministri degli esteri e, solo per le controversie che appaiono più serie, si cerca una soluzione arbitrale o si fa ricorso a una corte internazionale. Ma anche in questo caso risulta avere la meglio l'elemento consensuale tra i paesi coinvolti, stante la scarsità dei mezzi di *enforcement* di questi organi.

A questo punto appare opportuno chiarire tre aspetti: i principi codificati in materia di responsabilità internazionale facendo riferimento al progetto della Commissione di diritto internazionale sulla responsabilità degli Stati del 2001 (d'ora in avanti ILC *draft articles*); il ruolo e la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia sul tema; infine, qual è la disciplina dei rimedi che viene applicata sulla base del progetto e del lavoro della Corte internazionale[19]. Tale analisi aiuterà ad evidenziare la differenza tra la responsabilità a livello generale e quella relativa alla violazione dei trattati sui diritti umani.

1.2.1 ILC draft articles e i principi sulla responsabilità degli Stati

Si è ribadito finora che la responsabilità degli Stati appare come un concetto intrinseco rispetto a una qualsiasi violazione a livello internazionale. Un automatismo che si fonda su regole consuetudinarie non scritte alla cui interpretazione gli organi giudiziari non si sono sottratti. Cionondimeno si è avvertita la necessità di codificarne i principi generali in modo da fissare dei punti fermi di riferimento.

Il percorso di tale codificazione può suddividersi in quattro fasi distinte in cui i lavori della Commissione, in una sorta di crescendo, hanno arricchito il concetto di responsabilità, dandone una valenza più specifica[20]. Il primo tentativo risale al 1924 a opera della Società delle Nazioni, interrotto poi dalla forte crisi che il diritto

---

Questo tema sarà affrontato più avanti nel corso del presente capitolo, nonché più specificamente nei successivi riguardo al ruolo della Corte europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo.

[19] Nel presente lavoro ci si riferisce ai rimedi intesi in senso sostanziale e non procedurale, ovvero di possibilità di ricorrere a un giudice per accertare una violazione. Dal punto di vista sostanziale invece la nozione di rimedio è legata all'esito del ricorso, al risarcimento, non solo di tipo pecuniario, riconosciuto al ricorrente.

[20] Per una precisa disamina storica delle fasi di lavoro della Commissione cfr. S. Rosenne, *The perplexities of modern International law*, cit., pp. 371-384; P. Alliot, *State responsibility and the unmaking of international law*, Harv. Int.'l L. J., vol. 29, 1988, pp. 2-9.

internazionale subì all'alba del secondo conflitto mondiale. Esso riflette l'idea tradizionale di responsabilità legata alla violazione del diritto degli stranieri[21], puntando l'attenzione sull'importanza di ricorrere a metodi pacifici per dirimere le controversie. Ciò appariva, secondo i membri della Commissione, un modo per ridurre le forti dispute causate dai ricorsi degli stranieri per i danni subiti in un dato paese. L'intenzione era, secondo quanto riportato nel report ufficiale dei lavori, quella di concentrarsi sullo sviluppo del diritto internazionale "al fine di giungere in maniera graduale e più efficace a una definizione dello scopo e dei limiti del principio della responsabilità internazionale"[22]. Un lavoro lasciato incompiuto a causa dei tempi stretti affidati alla Commissione.

Nel 1949, l'Assemblea Generale dell'Onu istituisce la Commissione di diritto internazionale che inizia a lavorare al concetto di responsabilità internazionale, seppur ancora ancorato alle indicazioni date dalla Società delle Nazioni. Soltanto dal 1962 vi è un radicale cambiamento di approccio; la responsabilità non resta più confinata entro i limiti imposti dalla Società delle Nazioni, ovvero alle violazioni nei confronti degli stranieri, ma assume un significato più ampio. Sotto l'influenza della Carta dell'Onu iniziano a intravedersi dei tentativi per includere almeno alcuni aspetti del 'diritto dei diritti umani'[23]. I lavori proseguiranno su questa linea negli anni successivi alternati da alcuni momenti di stop per poi chiudersi nel 2001, in cui viene presentato il testo definitivo dell'Ilc *draft articles*[24]. Il testo del progetto si articola in quattro parti

[21] Sul punto cfr. E. M. Borchard, *Responsibility of States at the Hague Codification Conference*, 24 Am. J. Int'l L., 1930, pag. 517; G. H. Hackworth, *Responsibility of States for damages caused in their territory to the person or property of foreigners*, Am. J. Int'l L., vol. 24, 1930 pag. 500.

[22] I lavori della Commissione istituita dalla Società delle Nazioni possono reperirsi nel doc. C.351M.145.1930.V, riportato anche in S. Rosenne, *The perplexities of modern International law*, cit. nota 55, cap. 2, vol. 4, pp. 1425-1661.

[23] Tale cambio di direzione lo si deve al contributo del Prof. Roberto Ago nominato nel 1962 Presidente di una sottocommissione composta da dieci membri, per poi negli anni seguenti diventare rapporteur. Nella fase dal 1962 al 1996 si discutono in termini generali sulla definizione del concetto di responsabilità internazionale degli Stati, sulle sue origini, sul significato di illecito – se legato a un fatto, a un atto o a un delitto internazionale – sugli elementi soggettivi – ovvero a quale soggetto di diritto internazionale possa imputarsi una responsabilità, sulle forme della responsabilità – il dovere di porre un rimedio. Nel 1996 viene finalmente completata la prima lettura del *draft articles*, mentre dal 1997 al 2001 sono stati completati i lavori. Il documento ufficiale del progetto, (2001), A/56/10 può reperirsi sul sito internet http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/2001report.htm.

[24] Il valore del progetto non è giuridico ma potrebbe diventarlo se esso venisse tramutato in una convenzione stipulata dagli Stati membri dell'Onu. È quanto la stessa Commissione raccomanda nonostante la resistenza di alcuni paesi che trovano poco opportuno rendere vincolante un documento di tal genere. La soluzione quindi prospettata è quella di utilizzare tale documento come uno strumento di *soft law* in modo da avere un certo impatto sulle relazioni internazionali e sulla condotta dei singoli Stati.

fondamentali, a loro volta suddivise in capitoli. Per i fini che ci si propone è utile soffermarsi sulle prime due.

A grandi linee, nella prima parte vengono stabilite le regole base di diritto internazionale concernenti le responsabilità degli Stati nel caso questi incorrano in un illecito. Come riportato nella relazione esplicativa, "l'accento è posto sulle norme di carattere secondario, ovvero su quelle condizioni generali da cui si possono identificare le responsabilità degli Stati,"[25]; vengono invece scartate le norme primarie che, al contrario, definiscono i contenuti delle obbligazioni internazionali da cui si deducono tali responsabilità. Invero, la codificazione di queste ultime spetta al diritto internazionale sostanziale, alle consuetudini e alle convenzioni. In questi articoli si stabiliscono dunque i criteri per accertarsi che un obbligo è stato violato.

La seconda parte del progetto specifica le conseguenze giuridiche a cui sono soggetti gli Stati responsabili, nel senso di prescrivere *ab initio* le regole che si applicano nel caso di violazioni di obblighi internazionali invece che riconoscere *tout court* il diritto, per il paese leso, di rivendicare una qualche pretesa di riparazione. Si tratta di una chiara presa di posizione per affermare che il diritto al rimedio è già predeterminato dal diritto internazionale piuttosto che un concetto dai tratti flessibile[26]. Oltre ai principi generali definiti nel primo capitolo di questa seconda parte, si trova così l'elenco delle misure a cui gli Stati sono obbligati per riparare agli illeciti.

Entrando più nello specifico del contenuto di queste due parti del progetto, per quanto riguarda la prima è rilevante porre l'attenzione sul significato dei principi generali alla base del concetto di responsabilità internazionale, tralasciando invece l'aspetto dell'identificazione dei soggetti che, agendo in nome e per conto del proprio Stato, sono tenuti a dare conto alla comunità intera[27].

L'assemblea Generale dell'Onu nella risoluzione A/Res/56/83 ha posto il testo all'attenzione dei Governi, la cui discussione è continuata successivamente in altre sessioni.

[25] International Law Commision, Report of the third-fifth session (2001), A/56/10, cit., pag.59.

[26] In questo senso anche D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, Oxford, 2005, 2^ ed., pag.85, nota n.228.

[27] Il progetto risponde a un principio classico del diritto internazionale, ovvero quello di considerare suoi soggetti soltanto gli Stati e chi agisce per lo conto. Esso non preclude comunque la possibilità che anche le organizzazioni internazionali e i singoli individui possano incorrere in responsabilità internazionali; disciplina questa che non è però direttamente contemplata dal documento, il quale si riferisce alla sola responsabilità statale. L'art. 57 stabilisce infatti che: "These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization"; l'art. 58 dispone che: "These articles are without prejudice to

Il principio fondamentale sulla responsabilità statale, riprodotto nell'art. 1 del progetto, prende le mosse da quanto la Corte permanente internazionale di giustizia aveva stabilito nel caso *Chorzów Factory*[28]. Come si è già accennato, l'idea di base è considerare il rimedio quale conseguenza naturale di una violazione. L'art. 1 stabilisce infatti che:

> "*Every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State*"[29].

Sulla scia di questa regola fondamentale, l'art. 2 specifica i requisiti richiesti affinché si possa identificare una qualsiasi responsabilità degli Stati[30] e, a tale scopo, si individuano due elementi: in primo luogo l'atto in questione deve essere imputabile allo Stato; inoltre tale condotta deve costituire una violazione di un obbligo internazionale, ovvero deve scaturire dal mancato rispetto di una norma primaria[31].

La portata di tale disposizione è in realtà specificata negli articoli successivi della parte prima del progetto. Il primo elemento, quello dell'attribuzione della responsabilità allo Stato, è infatti sviluppato sia nel capitolo II (*Attribution of conduct to a State*), dall'art. 4 all'art. 11, sia nel capitolo IV (*Responsibility of a State in connection with the act of another State*), comprendente gli articoli dal 16 al 19. Il

---

any question of the individual responsibility under international law of any person acting on behalf of a State.

[28] Caso *Chorzów Factory*, cit..

[29] Come risulta dal rapporto esplicativo, su cosa debba intendersi per conseguenza giuridica derivante da un illecito la Commissione rigetta le tesi opposte avanzate da Anzilotti e da Kelsen, accogliendone una intermedia. Anzilotti descrive le conseguenze giuridiche soltanto in termini di relazione bilaterale vincolante tra lo Stato che commette la violazione e quello che la subisce; motivo per cui l'obbligo del primo di riparare si contrappone al diritto soggettivo del secondo di richiedere tale riparazione. Dal canto suo Kelsen parla di diritto dello Stato leso a reagire in maniera coercitiva, mentre quello della riparazione rappresenta un modo secondario per evitare allo Stato responsabile l'applicazione della sanzione. La Commissione invece non intende limitare le conseguenze giuridiche alla sola riparazione o sanzione ma si propone di aprire a diverse possibilità derivanti dalle circostanze del caso concreto.

[30] L'art. 2 nello specifico recita: "There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an act or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State".

[31] Nel rapporto esplicativo relativamente all'art. 2, si chiarisce come tali due elementi siano stati evinti da quanto la giurisprudenza internazionale aveva già ampiamente stabilito. Sia la Corte permanente internazionale di giustizia sia poi la Corte internazionale di giustizia hanno evidenziato l'esistenza di tali requisiti. Sull'attribuzione allo Stato di una qualche responsabilità sul piano internazionale si era espressa la Corte permanente nel caso *Phosphates in Morocco*, (Preliminary objections, 1938, P.C.I.J., serie A/B, n.74, pag. 10); la Corte internazionale di giustizia verifica l'esistenza di tali due elementi nel noto caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Theran*, in ICJ reports 1980, pag. 3. Cfr. (2001) A/56/10, cit., pag. 69.

significato del requisito inerente alla condotta contraria agli obblighi internazionali corrisponde invece a quanto stabilito nel capitolo III (*Breach of international obligation*) che include gli articoli dal 12 al 15, mentre nel capitolo V (*Circumstances precluding wrongfulness*), dall'art. 20 all'art. 27, sono elencati i casi in cui è preclusa la responsabilità. Essi sono il consenso dello Stato vittima, l'autodifesa, le contromisure legittime, i casi di forza maggiore e, infine, i casi di pericolo e di necessità.

A completare lo schema dei principi fondamentali da cui scaturisce l'intera disciplina codificata della responsabilità internazionale è la norma inerente la caratterizzazione dell'atto internazionalmente illecito. La configurazione di quest'ultimo infatti deriva solo dai principi di diritto internazionale, prescindendo del tutto da quanto quello interno stabilisce[32]. Ciò esplicita quanto sottinteso nell'articolo precedente e si fonda da un lato sul fatto che uno Stato può essere considerato responsabile se commette un illecito sul piano internazionale, escludendo i casi in cui non rispetta il diritto interno; dall'altro che lo Stato non può utilizzare ques'ultimo come attenuante per evitare una condanna internazionale. Se anche il comportamento del paese in oggetto risulta essere conforme al diritto interno, ciò non significa che non possa considerarsi un illecito internazionale. È corretto dunque chiedersi quale valenza assumono i suddetti principi fondamentali nel quadro generale della disciplina delle violazioni in campo internazionale.

Le disposizioni appena considerate non offrono una chiave di lettura del tutto chiara, seppure esse stabiliscono dei punti fermi. Tra questi, la possibilità di incorrere in una responsabilità soltanto quando vengono violate norme derivanti dal diritto internazionale nella forma consuetudinaria e nei trattati[33]; in tale ambito il diritto interno non gioca alcun ruolo. Inoltre, nell'elaborazione del progetto in questione, la Commissione internazionale ha voluto formalizzare quanto già nella prassi si stava affermando, ovvero che qualunque atto, compiuto e omissivo, che rappresenti una

[32] Così recita l'art. 3 del progetto: "The characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law".

[33] Per utilizzare un'espressione che piace alla Commissione di diritto internazionale che ha redatto il progetto, la responsabilità nasce se sono state violate norme primarie di diritto internazionale.

violazione internazionale, dà luogo a una responsabilità di cui lo Stato colpevole deve rispondere[34].

Proprio questi elementi che appaiono dei punti di forza, tuttavia danno adito ad alcune ambiguità. Considerare una qualsiasi violazione di una norma internazionale primaria passibile di un 'rimedio' in realtà presta il fianco a una mera generalizzazione di principio che trova poco riscontro in concreto. Come sostenuto in dottrina[35], una risposta effettiva a un illecito si ottiene solo in quegli ambiti del diritto internazionale in cui la disciplina dei rimedi è ben costruita e sviluppata[36]. In tal senso, i principi fondamentali contenuti nel progetto in realtà non rappresentano altro che un appoggio aggiuntivo a quanto già stabilito in contesti particolari in materia di rimedi. Ancora più discutibile appare l'obbligo di fornire a tutti i costi un rimedio, presupponendo che il comportamento di uno Stato è sempre illecito. "Ciò allontana dall'idea di una responsabilità nei confronti di un'unitaria comunità internazionale per dare spazio invece a una struttura in cui si interfacciano i singoli paesi l'uno contro l'altro"[37]. Al di là del fatto che il progetto non assume la forma vincolante di una convenzione, ma si configura come una raccomandazione, è soprattutto sulla base del contenuto che si potrebbe sostenere come la codificazione dei principi sulla responsabilità non fornisca un apporto significativo alla regolamentazione dei rapporti tra gli Stati. Il *draft articles* non contempla i mezzi utili per richiedere un risarcimento, limitandosi invece a riconoscere di alcuni principi che possono trovare applicazione se vi è la disponibilità concreta degli Stati nell'accoglierli.

La seconda parte del progetto, relativa alla disciplina delle conseguenze giuridiche che derivano da un illecito, pare cogliere aspetti più innovativi rispetto alla prima in quanto attribuisce maggiore attenzione agli interessi della comunità internazionale sulla base di due premesse: l'appoggio ai principi dello stato di diritto e l'idea del rimedio 'giuridico' come principale forma di riparazione nel caso di

[34] Si è già ricordato in tal senso che l'idea della responsabilità statale è di natura oggettiva, non è necessario che lo Stato abbia necessariamente procurato un danno materiale a un altro Stato e in aggiunta lo abbia fatto volontariamente. V. *supra* § 1.2.
[35] In questo senso J. Currie, *Public international law*, cit., pag. 388.
[36] Si veda per esempio la Convenzione di Vienna sul Diritto dei trattati che prevede la possibilità per le parti di terminare, sospendere o recedere dal trattato nel caso di violazioni di una di esse (sez. 3 della Convenzione).
[37] Ancora J. Currie, *Public international law*, cit., pag. 388.

violazione di norme internazionali[38]. Vengono invece scartate le ipotesi di sanzioni o punizioni che hanno in sé il pericolo di scatenare rappresaglie tra Stati.

Le due premesse assumono un particolare significato consentendo un mutamento di prospettiva di quelli che sono i rapporti nel contesto internazionale. A differenza dei progetti elaborati nelle prime fasi, in cui si considerava la responsabilità come una questione bilaterale tra Stati[39], il progetto del 2001 considera le forme di riparazione in senso multilaterale. L'obiettivo prefissato è la difesa del rispetto del diritto internazionale nonché la sua continua costruzione[40]; pertanto lo Stato non risponde solo a chi subisce la violazione, ma anche agli altri Stati e all'intera comunità, in relazione al particolare carattere e al contenuto dell'obbligazione o alle circostanze in cui l'illecito è avvenuto[41].

Partendo inoltre dal presupposto che qualsiasi illecito internazionale dà origine a una responsabilità statale[42], così come enunciato nell'art. 1 del progetto, la seconda parte non preclude la possibilità agli individui o ad altri soggetti di rivendicare, senza alcuna mediazione statale, la responsabilità di un paese,sempre che le norme primarie lo consentano. Questo è il caso dei trattati sui diritti umani[43], in particolare quelli di natura regionale quali la Convenzione europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo. Tuttavia, le forme di riparazione contemplate nella seconda parte fanno riferimento soltanto ai rapporti interstatali, in linea con quanto stabilisce l'intero progetto sulla base di una concezione classica del diritto internazionale. Il comma 2 dell'art. 33 può così essere considerato soltanto una 'clausola di salvaguardia', non

[38]Elementi preliminari che ben sono evidenziati in D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., pag. 86.

[39] È opportuno qui ricordare che l'idea di codificare i principi della responsabilità statale a livello internazionale prendeva le mosse dall'opportunità di regolamentare i doveri degli Stati nel caso di violazioni dei diritti degli stranieri. Un contesto questo che evidentemente si limitava a coinvolgere lo Stato inadempiente e quello di appartenenza dello straniero i cui diritti erano stati violati.

[40] V. la seconda parte del rapporto esplicativo del draft articles, (2001), A/56/10, cit., pag. 213.

[41] Cfr. comma 1 dell'art. 33: "The obligation of the responsible State set out in this part may be owed to another State, to several States, or to the international obligation and on the circumstances of the breach".

[42] A tal riguardo non bisogna comunque mai perdere di vista il fatto che solo lo Stato, nell'esercizio dei poteri legislativo, esecutivo e giudiziario, è imputabile di una qualche responsabilità, non lo sono mai i singoli individui a meno che si dimostri che questi ultimi non abbiano agito per suo conto (art. 4 del progetto). Rispondono anche coloro che, seppur non esercitando uno dei classici poteri, hanno comunque ricevuto dallo Stato precisi incarichi governativi (art. 5), o agiscono sotto il suo controllo (art. 8). Altre ipotesi più specifiche sono contemplate negli artt. 9-11.

[43] Principio questo reso esplicito nel comma 2 dell'art. 33 il quale dispone che: "This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which accrue directly to any person or entity other than a State".

impedendo ai singoli e alle organizzazioni intergovernative di pretendere un soddisfacimento per le lesioni ricevute.

In questa ottica, si può ritenere che l'Ilc *draft articles* apra le porte in campo internazionale al riconoscimento esplicito di una qualche responsabilità *erga omnes* degli Stati, rafforzando gli interessi dell'intera comunità nel quadro giuridico globale. Una tendenza esplicitata nell'art. 40 secondo cui uno Stato, in determinate condizioni, può agire in nome di un interesse che travalica la propria posizione di singolo ma che si inserisce in un più ampio ambito[44].

Vero è che la critica avanzata nei confronti della prima parte del progetto può comunque essere addotta anche per la seconda. Una caratteristica dell'intero documento è non offrire mezzi che consentano di applicare e far rispettare i principi codificati. Come sostenuto da Philip Allot, "se si riconosce la categoria giuridica della responsabilità, a questa deve essere data anche una 'sostanza' giuridica"[45], ciò che invece sembra mancare nel progetto. È un aspetto questo che risente di come si è arrivati all'elaborazione del *draft articles* e prima ancora dell'individuazione di una Commissione per metterlo a punto. Non si può sottovalutare che se da un lato appare lodevole l'idea che i diversi singoli Stati abbiano concesso a un organo internazionale la codificazione di principi che li riguardavano, dall'altro gli stessi governi hanno esercitato un controllo diretto su tali contenuti, portando la Commissione di diritto internazionale "a confermare il potere statale piuttosto che limitarlo"[46]. Di fatto la determinazione del progetto è stata lasciata alla volontà dei singoli paesi, i quali sono spinti da un preciso interesse o da un tornaconto di carattere politico.

1.2.2 Il ruolo della Corte internazionale di Giustizia

Se si esclude il ricorso agli strumenti diplomatici, l'accertamento della responsabilità a livello internazionale segue i canoni giuridici classici, attraverso

[44] L'art. 40 dispone che: "1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law. 2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation".
[45] Cfr. P. Allot, *State responsibility and the unmaking of international law*, cit., pag.14.
[46] *Ibidem*, pag. 2.

l'arbitrato o l'istanza a un tribunale internazionale. Malgrado ciò, anche in questi casi non si può prescindere dall'elemento consensuale rilevante sia per il riconoscimento della loro giurisdizione, sia per l'*enforcement* delle decisioni da essi prese. Omettendo la disciplina che sottintende al funzionamento dei maggiori consigli arbitrali e delle altre corti internazionali[47], si vuole qui fare riferimento alla Corte di giustizia (ICJ) per esplorarne le caratteristiche, le funzioni e soprattutto la validità e il seguito delle sue decisioni.

La Corte internazionale di giustizia[48], principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, insieme all'Assemblea generale e il Consiglio di sicurezza, opera su due fronti: l'uno legato proprio all'appartenenza all'Onu, regolando le relazioni all'interno dei suoi organi ma anche di questi rispetto all'intera organizzazione – contribuendo così a chiarire il ruolo giuridico delle stesse Nazioni Unite; l'altro connesso alla caratteristica di essere un organo giudiziario che dirime controversie tra Stati nell'applicazione del diritto internazionale[49] o che fornisce a organi o istituzioni delle *advisory opinion* su

[47] A tal proposito possono ricordarsi il Tribunale penale internazionale e il Tribunale internazionale per il diritto del mare. La blibliografia su tali temi è ovviamente sterminata. Si ricordano qui riguardo alla Corte penale internazionale: F. Argiro (e altri), *La Corte penale internazionale : organi, competenza, reati, processo*, Milano, 2006; G. Calvetti e T. Scovazzi (a cura di), *Dal tribunale per la ex-Iugoslavia alla Corte Penale internazionale*, Milano, 2004; E. P. Reale (a cura di), *Lo statuto della Corte penale internazionale*, Padova, 1999; M. C. Bassiouni (a cura di), *The legislative history of the International Criminal Court*, N.Y., 2005; W. A. Schabas, *An introduction to the International Criminal Court* , 2nd ed., Cambridge, 2004. Riguardo al Tribunale internazionale del diritto del mare cfr. A. Cannone, *Tribunale internazionale del diritto del mare* , Bari, 1991; P.H. Gautier, P. C. Rao, *The rules of the International Tribunal for the Law of the Sea : a commentary* , Leiden, 2006; S. Rosenne, *Provisional measures in international law : the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea* , Oxford, 2005 ; P. C. Rao e R. Khan (a cura di), *The international tribunal for the law of the sea : law and practice*, Leiden, 2001.

[48] L'ICJ prende il posto di quella permanente dopo il secondo conflitto mondiale. Quest'ultima, istituita dopo la stipulazione della Pace dei trattati nel 1919, sulla base dell'art. 14 della Convenzione della Società delle Nazioni, era un tribunale fortemente legato a questa, nonostante gli Stati vi si potessero rivolgere senza la necessità di un ricorso preventivo all'organo politico. Per maggiori dettagli sull'argomento *cfr*. S. Rosenne, *The law and practice of international court*, vol. 1, Leiden/Boston, 2006, pp. 97-101.

[49] Tale competenza è indicata nell'art. 36 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia che nello specifico dispone: "1. La competenza della Corte si estende a tutti gli affari che le parti le sottoporranno, come pure a tutti i casi specialmente previsti nella Carta delle Nazioni Unite e nei trattati e convenzioni in vigore. 2. Gli Stati parti del presente Statuto possono in qualsiasi momento dichiarare di riconoscere come obbligatoria, di pieno diritto e senza convenzione speciale, in confronto di ogni altro Stato che accetti lo stesso obbligo, la giurisdizione della Corte su tutte le divergenze di ordine giuridico aventi per oggetto, a. l'interpretazione di un trattato; b. qualsivoglia questione di diritto internazionale; c. l'esistenza di qualunque fatto il quale, se fosse provato, costituirebbe violazione di un impegno internazionale; d. la natura o la portata della riparazione dovuta per la violazione di un impegno internazionale".

questioni giuridiche[50]. Una funzione, questa appena descritta, che in realtà si compie alla luce della prima, in quanto la Corte non perde mai di vista il raggiungimento degli obiettivi che l'Onu si pone, cercando pertanto di non raggiungere risultati contraddittori rispetto alle decisioni degli altri organi[51].

Focalizzando l'attenzione sull'attività giurisdizionale della Corte internazionale, una caratteristica che non può essere sottovalutata riguarda la funzione politica delle risoluzioni giudiziarie che essa propone. Il ricorso alla Corte nasce sulla base di un atto volontario e alternativo degli Stati[52] che, altrimenti, possono decidere di risolvere le controversie attraverso una constatazione amichevole. La Corte si trova pertanto a soddisfare esigenze politiche della comunità internazionale senza perdere di vista la sua qualità di collegio giudicante, fatto che le impedisce di decidere sulla base di meri espedienti, pena l'accusa di arbitrarietà.

La risoluzione giudiziaria offerta dalla Corte internazionale va intesa come l''opportunità' da parte degli Stati di risolvere dispute in chiave apolitica. Se è vero che il ricorso alla Corte è una questione di scelta politica, è altresì vero che la sua delibera è pienamente giuridica. Si capisce allora come mai gli Stati, rappresentati dai ministri degli esteri o dalle loro forze diplomatiche, il più delle volte esitino nel riferire le questioni alla Corte, soprattutto se si ha la possibilità di risolvere il caso con un accordo amichevole. Traducendo quanto afferma l'internazionalista Rosenne "la questione della giustiziabilità richiede per la sua soluzione l'applicazione di un delicato senso politico più che di valori giuridici"[53]. Risulta evidente anche per quale ragione i paesi coinvolti possono a un certo punto rifiutare la giurisdizione della Corte, nonostante questa si sia già espressa e preliminarmente abbia accertato il consenso delle parti, aspetto di non poco conto in relazione alla natura vincolante delle decisioni prese[54].

---

[50] Comma 1 dell'art. 65 dello Statuto che prescrive: "La Corte può dare un parere consultivo su ogni questione giuridica, a richiesta di ogni organo o istituzione che sarà stato autorizzato dalla Carta delle Nazioni Unite o conformemente alle sue disposizioni, a chiedere questo parere".

[51] Tale proponimento da parte della Corte lo si riscontra nel caso *Corfu Channel* (merits), decisione del 9 aprile del 1949 consultabile sul sito ufficiale della Corte internazionale www.icj-cij.org. In questa sentenza la Corte ha preso le mosse per risolvere la questione della giurisdizione proprio da una risoluzione del Consiglio di Sicurezza in modo da assicurarne il pieno rispetto. Esempio questo riportato in S. Rosenne, *The law and practice of international court*, cit., pag.109.

[52] Caratteristica questa già evidenziata dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Free Zones* del 1929. Ser. A 22, pag. 13.

[53] S. Rosenne, *The law and practice of international court*, cit., pag.166.

[54] Come è accaduto nel caso Nicaragua di cui si dirà nel prosieguo di questo paragrafo.

La questione della giurisdizione diviene cruciale per comprendere la peculiarità di un tribunale internazionale quale è la Corte di giustizia. A differenza di alcune specifiche corti internazionali, come quella della Comunità europea o la Corte di Strasburgo e la Corte interamericana sui diritti dell'uomo[55], quella di giustizia internazionale necessita di un consenso esplicito da parte degli Stati ricorrenti affinché possa esercitare la sua giurisdizione. La giurisdizione si fonda su un accordo chiaro che può tuttavia assumere qualsiasi forma, data la mancanza di specificazioni nello Statuto su come tale consenso debba essere espresso[56].

Ci si chiede a questo punto cosa spinga gli Stati ad optare per un ricorso alla Corte internazionale piuttosto che tentare la strada diplomatica. A tal proposito si possono fare due considerazioni, l'una formale e l'altra più sostanziale. Il sistema giudiziario internazionale consegue un discreto successo se gli Stati sono consapevoli di occupare un'uguale posizione rispetto agli altri, condividendo diritti e doveri senza il pericolo di una minaccia alla propria sovranità. Ma ancora più rilevante risulta l'attitudine che gli Stati hanno nei confronti del diritto internazionale: l'accettazione di una giurisdizione che travalichi i confini del proprio Stato dipende molto dall'esigenza di stabilire principi giuridici certi per regolarne i rapporti. Abbandonata una visione eurocentrica del diritto internazionale in conseguenza dell'entrata in scena di nuovi paesi di culture diverse, si avverte l'urgenza di ricorrere a strumenti legali per evitare che i gli Stati più piccoli soccombano rispetto alle grandi potenze. Ben si comprende allora come la via diplomatica in questi casi possa risultare la meno adatta.

L'elemento politico da cui scaturisce il consenso a una giurisdizione esterna rappresenta una sorta di spada di Damocle per il diritto internazionale; quest'ultimo è infatti completamente dipendente dalla sensibilità che gli Stati hanno nei suoi confronti,

[55] La giurisdizione della Corte di giustizia delle Comunità europee è stata riconosciuta direttamente dagli Stati al momento della stipulazione del Trattato, mentre per quella della Corte europea dei diritti dell'uomo, se prima della riforma del testo della Convenzione avutasi col Protocollo 11 del 2001 si prevedeva una clausola costitutiva (vecchio art. 46 Cedu), oggi la giurisdizione è riconosciuta automaticamente con l'adesione al trattato. La clausola costitutiva è invece tuttora presente nella Convenzione interamericana all'art. 62 con cui si specifica che al momento della ratifica o successivamente lo Stato può dichiarare di accettare la giurisdizione della Corte di San Josè senza nessuna ulteriore forma di consenso.

[56] Il paragrafo 3 dell'art. 36 si limita infatti a stabilire che: "Le sufferite dichiarazioni possono essere fatte puramente e semplicemente o sotto condizione di reciprocità da parte di parecchi o di certi Stati ovvero anche per un dato termine".

nonostante gli organi internazionali e la Corte di giustizia stiano col tempo cercando di influenzare le posizioni politiche statali.

È il tema dell'*enforcement* che sconta più di ogni altro questa peculiarità del diritto internazionale. A differenza delle corti interne, i tribunali internazionali non si avvalgano di un sistema che permette il pieno rispetto delle loro decisioni, col rischio che lo Stato che subisce una violazione rimanga insoddisfatto nonostante una pronuncia a proprio favore. La risoluzione della controversia con effetti concreti si avrebbe soltanto in presenza della volontà di conformarsi alle decisioni giuridiche internazionali attraverso un'operazione politica di accordo tra le parti. Gli elementi giuridici posti nella sentenza rappresentano uno dei tanti fattori del processo politico da cui scaturisce la scelta se conformarsi alla pronuncia e il modo con cui farlo. D'altronde non è compito del foro internazionale verificare se le parti danno esecuzione a una propria decisione[57], nel caso contrario il suo ruolo si ridurrebbe all'esercizio di un'attività meramente amministrativa. La sua funzione è sciogliere essenzialmente un nodo giuridico, prestando attenzione all'interpretazione di un principio di diritto internazionale piuttosto che preoccuparsi sul come gli Stati si adegueranno[58].

La Corte di giustizia ha sempre dimostrato cautela nel suggerire il modo in cui le parti in giudizio debbano eseguire la sentenza, circostanza questa che porrebbe la Corte in una posizione alquanto difficile viste le numerose alternative possibili. La scelta sulle misure da adottare è lasciata alla discrezionalità dello Stato, mentre per la Corte è sufficiente chiarire la relazione giuridica tra le parti in conformità coi principi del diritto internazionale che essa è chiamata a interpretare[59].

Bisogna comunque fare attenzione a non confondere due piani che facilmente possono essere sovrapposti: affermare che un tribunale internazionale, e quindi la Corte di giustizia, non abbiano la competenza per obbligare lo Stato inadempiente a dare

[57] Posizione ribadita da B. A. Ajibola che sottolinea come la Corte di giustizia non avrebbe neppure gli strumenti utili per esercitare l'*enforcement* al pari di quelli che hanno a disposizione i tribunali interni, tra cui il potere d'arresto e carcerazione. B. A. Ajibola, *Compliance with judgments of the International Court of justice*, in M.K. Bulterman & M. Kuijer (a cura di), *Compliance with judgments of international courts*, The Hague/Boston/London, 1996, pag.19.

[58] È quanto il Tribunale arbitrario misto già nel 1928 aveva specificato nel caso *Morgenstern et al. v. Germany*, in *Recueil des Décision des Tribunaux Arbitraux Mixtes* 725, 1928. Posizione comunque ribadita in molti casi decisi dalla Corte di giustizia che non considera minimamente l'idea che gli Stati abbiano l'obbligo di conformarsi a quanto essa decide. *Cfr.* il caso *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua* (Jurisdiction and Admissibility), del 26 novembre 1984, §101, pag.43.

[59] Posizione che risulta chiara nel caso *Haya de la Torre* (Merits), del 13 giugno 1951, pag. 79.

esecuzione alla pronuncia non deve portare a concludere che questa sia un semplice parere consultivo. La natura vincolante di una sentenza della Corte di giustizia oltre a essere formalmente prevista dal suo stesso Statuto[60] nonché dalla Carta dell'Onu[61], risulta un principio generale di diritto internazionale affermatosi in via consuetudinaria e che Hans Kelsen ha messo ben in evidenza dichiarando che "qualora uno Stato decida di sottoporre una questione a un tribunale internazionale, esso si assume anche l'obbligo di conformarsi alla sua decisione"[62]. Tale affermazione rischia tuttavia di non avere riscontro concreto in quanto non sempre gli Stati decidono di rispettare le pronunce internazionali. Emerge ancora il limite che il diritto internazionale deve scontare, ovvero il dover fronteggiare costantemente il potere sovrano degli Stati. Se i tribunali interni possono adoperarsi affinché una propria pronuncia sia eseguita, è perché lo stesso Stato li legittima in forza dell'esercizio della sua sovranità. A livello internazionale invece "manca la concezione di una sovranità superiore facendosi largo l'idea di essere di fronte a una sola 'obbligazione morale', una strada che a questo punto pare essere la più conveniente per affermare che in una disputa internazionale è responsabilità diretta dello Stato il conformarsi alla decisione della Corte"[63].

La natura peculiare dei soggetti di diritto internazionale, ovvero gli Stati indipendenti e sovrani, ha conseguenze rilevanti sul come adempiere a una pronuncia della Corte di giustizia. La soluzione più opportuna per lo Stato creditore è trovare un accordo diplomatico con il paese debitore, patteggiando sulla base di quanto il tribunale aveva stabilito[64]. Esemplificative in tal senso risultano, tra le altre[65], due famose

[60] Oltre all'art. 63,cit., l'art. 59 dello Statuto dispone che: "La sentenza della Corte è obbligatoria per le parti in lite e nel caso da essa deciso".
[61] Il primo comma dell'art. 94 della Carta dell'Onu stabilisce che: "Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte".
[62] *Cfr.* H. Kelsen, *Principles of international law*, a cura di R. W. Tucker, N.Y., 1966, pag.543.
[63] V. S. Rosenne, *The law and practice of international courts*, cit. pag.204.
[64] Altri metodi per indurre uno Stato ad adeguarsi alla sentenza della Corte di Giustizia sono messi a punto nella Carta dell'Onu attraverso l'intervento del Consiglio di sicurezza. Il comma 2 dell'art. 94 della Carta stabilisce infatti che: "Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione". Un testo che apre a molti dubbi. Innanzitutto lascia una certa discrezionalità a quest'organo: le raccomandazioni non sono vincolanti mentre le decisioni hanno carattere obbligatorio. Inoltre, come è stato messo in evidenza in dottrina, tali atti possono comunque andare al di là del compito di fissare le misure al fine di dare esecuzione a una sentenza della Corte, col rischio di travolgere l'autorità della cosa giudicata, trasformando la pronuncia giudiziaria in un mero parere consultivo. Motivo per cui il Consiglio di sicurezza debba in questi casi

pronunce della Corte di giustizia a cui si è tentato di dar seguito con l'intermediazione politica. Si farà qui riferimento al caso *Corfu Channel*[66] e al caso *The military and paramilitary activities in and against Nicaragua*[67].

Nel primo caso, la Corte di giustizia nel 1949 condannava l'Albania a risarcire il Regno Unito per più di 8 milioni di sterline per aver cagionato la morte di alcuni cittadini inglesi e per aver causato, contestualmente, ingenti danni ad una nave a seguito dell'esplosione di una bomba nel territorio albanese del canale di Corfù. La responsabilità internazionale dell'Albania veniva stabilita in base al fatto che il Governo albanese era al corrente della presenza dell'ordigno, e tuttavia non si era premunito di avvertire l'Inghilterra del pericolo. Accertata la giurisdizione della Corte per stabilire anche l'ammontare del danno sofferto oltre alla dichiarazione della violazione, all'Albania non rimaneva che risarcire l'Inghilterra per la natura vincolante della sentenza della Corte. In realtà l'ammontare dovuto veniva liquidato, e neppure totalmente, soltanto nel 2002 quando, con la caduta del regime socialista, si insediava il nuovo governo.

Dal 1949 a questa data si sono succedete ben quattro distinte fasi in cui il Regno Unito, prima da solo poi con il supporto di altri paesi influenti, ha cercato di farsi liquidare il danno utilizzando qualsiasi espediente diplomatico[68]. A seguito della

---

limitarsi a comminare delle sanzioni, un potere di cui normalmente dispone per risolvere i casi in cui gli Stati contravvengono ai principi della Carta, quali il mantenimento della pace. Tali misure sono indicate negli artt. 41 e 42. Il primo dispone che: "Il Consiglio di Sicurezza può decidere quali misure, non implicanti l'impiego della forza armata, debbano essere adottate per dare effetto alle sue decisioni, e può invitare i membri delle Nazioni Unite ad applicare tali misure. Queste possono comprendere un'interruzione totale o parziale delle relazioni economiche e delle comunicazioni ferroviarie, marittime, aeree, postali, telegrafiche, radio ed altre, e la rottura delle relazioni diplomatiche". L'art. 42 stabilisce che: "Se il Consiglio di Sicurezza ritiene che le misure previste nell'articolo 41 siano inadeguate o si siano dimostrate inadeguate, esso può intraprendere, con forze aeree, navali o terrestri, ogni azione che sia necessaria per mantenere o ristabilire la pace e la sicurezza internazionale. Tale azione può comprendere dimostrazioni, blocchi ed altre operazioni mediante forze aeree, navali o terrestri di Membri delle Nazioni Unite".

[65] Si possono ad es. citare i casi: *The land and maritime boundary between Cameroon and Nigeria*, del 10 ottobre 2002; o anche il caso risolto da un tribunale *ad hoc*, *The land, island and maritime frontier dispute between El Salvador and Horundas*. Una rassegna ancora più esaustiva delle decisioni della Corte di Giustizia e del loro seguito può trovarsi in C. Schulte, *Compliance with decisions of the International Court of Justice*, Oxford, 2004.

[66] Caso cit del 9 aprile del 1949. Oltre alla pronuncia di merito si fa qui riferimento anche a quella successiva del 15 dicembre dello stesso anno che stabilisce l'ammontare del risarcimento dovuto dalla Repubblica albanese al Regno Unito e Irlanda del Nord.

[67] I.C.J., sentenza di merito del 27 giugno 1986.

[68] Il resoconto dettagliato di queste distinte fasi si può reperire in S. Rosenne, *The law and practice of the international courts*, cit., pp. 233-239.

sentenza, con una trattativa durata ben due anni, l'Albania offriva al Regno Unito una somma di gran lunga inferiore – soli 40 mila sterline – rispetto a quanto stabilito, inducendo così l'Inghilterra a non accettare. Le autorità britanniche valutavano l'ipotesi di confiscare i beni albanesi situati nel territorio inglese, possibilità non concretizzabbile in quanto a quel tempo non vi erano proprietà di completo controllo britannico[69]. Durante la terza fase il Regno Unito coinvolge anche gli Stati Uniti e la Francia con i quali fa parte della Commissione tripartita, istituita con la Conferenza di Parigi nel 1946, che aveva in carico la distribuzione dei beni tedeschi confiscati dopo la seconda guerra mondiale. Tra questi vi erano riserve auree contese dall'Italia e dall'Albania. I tre governi della Commissione, incapaci di stabilire a chi spettassero, decidevano di ricorrere a un arbitrato il cui esito sanciva l'Albania quale detentore del patrimonio. L'Inghilterra, d'accordo con gli altri due governi parte della Commissione, poteva così appropriarsi del credito che vantava nei confronti dell'Albania. Tuttavia il Governo italiano poteva rivendicare la stessa riserva sulla base di un accordo che esulava da quanto stabilito nel Patto di Parigi. L'unica via per dirimere la questione consisteva nel ricorrere alla Corte di giustizia, la quale comunque si rifiutava di decidere rimettendo la questione nuovamente nelle mani della diplomazia[70]. Come già detto l'accordo si raggiungeva in tempi recenti con l'avvento del nuovo governo albanese.

Un'ulteriore esempio di utilizzo dei canali diplomatici, questa volta anche con l'ausilio del Consiglio di Sicurezza dell'Onu, è il secondo caso sopra menzionato – *Military and paramilitary activities in and against Nicaragua*[71]. Protagonisti della vicenda questa volta sono Stati Uniti e Nicaragua. I primi venivano dichiarati dalla Corte di giustizia responsabili per atti perpetrati contro il secondo, tra cui l'aver addestrato, finanziato ed equipaggiato i *Contras* stanziati nel vicino Honduras per

[69] Se ciò fosse accaduto sarebbe stato un ottimo esempio di quanto si definisce una misura economica di *self-help* di cui uno Stato fa uso per ottenere la soddisfazione di un debito. È quanto nell'Ilc *draft articles* 2001 viene indicato all'art. 52 come 'contromisure' che possono essere adottate solo in circostanze precise altrimenti sarebbero contrarie agli obblighi internazionali. L'articolo infatti dispone che: "1.Before taking countermeasures, an injured State shall: (a) Call on the responsible State, in accordance with article 43, to fulfil its obligations under Part Two; (b) Notify the responsible State of any decision to take countermeasures and offer to negotiate with that State. 2.Notwithstanding paragraph 1(b), the injured State may take such urgent countermeasures as are necessary to preserve its rights".

[70] *Cfr. Monetary gold case removed from Rome in 1943* case (Preliminary questions), del 15 giugno 1954.

[71] *Cfr.* C. Schulte, *Compliance with decisions of the International Court of Justice*, cit., pp. 185-211. L'A. opera un resoconto dettagliato delle diverse fasi che si sono susseguite per risolvere il caso e per dare applicazione alla decisione, oltre che delle reazioni conseguenti al comportamento degli Stati Uniti.

osteggiare il governo Sandinista e l'essersi resi protagonisti di diversi attacchi militari violando, secondo la Corte, la consuetudine internazionale del divieto dell'uso della forza contro un altro Stato sovrano. Gli Usa si rifiutavano tuttavia di pagare una multa sostenendo che la Corte non aveva giurisdizione per decidere il caso. A questo punto lo Stato del Nicaragua, sulla base dell'art. 94, per ben due volte ricorreva al Consiglio di Sicurezza dell'Onu per ottenere una decisione che vincolasse gli Stati Uniti a saldare il debito. Grazie al voto negativo degli Usa entrambi i tentativi fallivano. Conseguentemente il Nicaragua si rivolgeva all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite che nonostante il voto contrario degli Usa, di Israele e El Salvador, approvava una risoluzione allo scopo di costringerli a pagare l'ammenda[72]. A questa ne sono seguite delle altre incluso il tentativo di alcuni cittadini americani, residenti in Nicaragua, di ricorrere alla Corte di appello, District of Columbia Circuit affinché questa riconoscesse la natura vincolante delle decisioni della Corte di Giustizia e dunque la violazione di un principio di diritto internazionale da parte degli Stati Uniti. I giudici della Corte d'Appello tuttavia rigettavano la questione sulla base del fatto che i privati, poiché non soggetti di diritto internazionale, non potevano far valere dinanzi al giudice americano una pronuncia della Corte di giustizia[73], lasciando il caso a tutt'oggi aperto.

La vicenda appena descritta fa riflettere sulla scarsità degli strumenti di cui il diritto internazionale dispone per imporsi sui singoli Stati. Oltre alle competenze giurisdizionali della Corte di giustizia che, come detto, si limitano alla dichiarazione della violazione di un obbligo o, al massimo, a stabilire l'ammontare del danno subito, anche gli organi politici hanno margini di manovra ristretti i quali favoriscono il ricorso alla diplomazia o ai rapporti di forza tra gli Stati.

1.2.3 I rimedi legittimi e la loro applicazione

Il quadro internazionale sopra descritto evidenzia chiaramente come la disciplina dei rimedi è fortemente condizionata dagli equilibri che si formano fra gli Stati. I principi a cui essa si attiene sono propri del diritto internazionale in relazione sia a quanto stabilito in materia di *state responsibility* dall'Ilc *draft articles*, sia rispetto

[72] Risoluzione Onu A/Res/41/31 del 3 novembre 1986.
[73] Caso *Committee of United States citizens living in Nicaragua, et al. v. Reagan, President of the United States, et al.*, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit del 14 ottobre 1988.

all'applicazione giurisprudenziale delle corti internazionali, *in primis* quella di giustizia, il cui riconoscimento della giurisdizione gioca un ruolo fondamentale.

In ambito internazionale, il diritto a un rimedio contempla non solo la pretesa dell'interruzione della violazione ma anche il ricevere una riparazione a quanto subito. Lo stesso *draft articles* sulla responsabilità degli Stati specifica che questi sono obbligati, oltre a porre fine alla violazione offrendo garanzie di non ripetizione dell'illecito, anche a risarcire i danni causati, siano essi morali o materiali[74]. Un illecito internazionale rappresenta di per sé una violazione; lo Stato trasgressore è responsabile quindi in ogni circostanza, senza che necessariamente sia stato procurato un danno tangibile, materiale, misurabile. Come ha affermato la stessa Corte permanente internazionale di giustizia nel caso *Chorzów Factory*, il mancato rispetto di un obbligo è sufficiente per stabilire un dovere di riparazione[75] a cui si assolve non ponendo semplicemente fine all'illecito, bensì prescrivendo un vincolo intrinseco che lo Stato responsabile deve osservare[76]. Anche quando un foro internazionale esprime una *declaratory judgment* non esclude che lo Stato responsabile non sia tenuto comunque a riparare a quanto cagionato. Il ricorso alla mera constatazione della violazione, rimedio meno coercitivo tra tutti, è certamente efficace in quanto consente di risolvere un'incertezza giuridica nelle relazioni tra gli Stati lasciando, allo stesso tempo, al paese colpevole la possibilità di scegliere come adempiere[77].

---

[74] Le disposizioni a cui si fa riferimento sono l'art. 30 e l'art. 31 che rispettivamente dispongono: "The State responsible for the internationally wrongful act is under an obligation: (a) to cease that act, if it is continuing; (b) to offer appropriate assurances and guarantees of non repetition, if circumstances so require". Art. 31: "1. The responsible State is under an obligation to make full reparation for the injured caused by the internationally wrongful act; 2. Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State".

[75] Chorzów Factory, PCIJ, cit., pag. 29.

[76] Né la cessazione dell'illecito prefigura la possibilità per lo Stato responsabile di recedere automaticamente da ogni rapporto instauratosi con lo Stato o gli Stati debitori sulla base di un obbligo internazionale primario. Il commentario all'art. 29 dell'Ilc *draft articles* è abbastanza chiaro sul punto stabilendo comunque che lo Stato deve continuare a conformare la propria condotta all'obbligazione primaria. Cfr. il Report 2001 A/ 53/10, cit., pag. 215, versione in lingua inglese. In particolare l'art. 29 prevede che: "The legal consequences of an internationally wrongful act under this Part do not affect the continued duty of the responsible State to perform the obligation breached."

[77] Secondo alcuni Autori, tra cui Brownlie, la *declaratory judgment* risulta il rimedio migliore in quanto consente appunto agli Stati di porre fine alla violazione basandosi sulle proprie possibilità, mentre qualsiasi forma di restituzione apparirebbe troppo inflessibile. Allo stesso tempo comunque la letteratura sul punto non esclude la possibilità, in determinate circostanze, di applicare specifiche restituzioni per scoraggiare nuovi illeciti, per es. nel caso di occupazioni territoriali illegittime. V. I. Brownlie, *Principles of public international law*, cit., pag. 446.

Se ciò è vero, è altrettanto vero che la discrezionalità concessa agli Stati non è del tutto arbitraria. Anche in ambito internazionale vi sono categorie precise di rimedi oggi codificate nel *draft articles*, al fine di evitare casi in cui il comportamento dei responsabili e del paese leso dia adito a ritorsioni. L'idea che la sovranità statale sia un concetto indiscutibile, e quindi sempre meritevole di tutela, ha spinto gli Stati ad adottare contromisure per reagire unilateralmente a un torto subito. Il rischio in questi casi è evidentemente alto, soprattutto quando vi è un paese riluttante a dichiararsi colpevole o indifferente verso i vincoli stabiliti; nella peggiore delle ipotesi ciò può procurare l'uso della forza. Per evitare ciò, la giurisprudenza internazionale ha individuato forme di riparazione legittime, confermate nel progetto sulla responsabilità internazionale che, pur non avendo valore vincolante, rappresenta un punto di riferimento per i tribunali e per gli stessi Stati.

Per non favorire occasioni di scontro tra paesi sovrani era indispensabile operare su due fronti: limitare l'adozione di contromisure da un lato ed escludere forme di rimedio 'punitive' dall'altro. Quanto alle prime, già la Corte di giustizia insieme ai tribunali arbitrali avevano chiarito che erano legittime solo quelle in grado di rispettare determinate condizioni procedurali e sostanziali[78]. Sono chiaramente escluse le contromisure che presuppongono l'uso della forza, tanto da aver indotto i tribunali internazionali e la Commissione di diritto internazionale a scegliere di utilizzare il termine 'misure' in luogo di 'reazione' o 'sanzione' o, come in letteratura erano invece indicate, '*self protection*' o '*self help*'.

Il *draft articles* segue il percorso intrapreso dalla giurisprudenza precisando la valenza di tali misure. Esso definisce le contromisure quali circostanze in cui un atto, comunemente illecito, è invece legittimo se indirizzato ad uno Stato riluttante a cessare la violazione perpetrata[79]; più nello specifico, prevede i casi in cui queste misure sono adottabili, eliminando quelle afferenti all'uso della forza o favorevoli ai paesi più influenti. Questi provvedimenti devono infatti rispettare i requisiti di necessità e

[78] Così nel caso *Gabčícovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), del 25 settembre 1997, pp. 7-55, §83. Cfr. anche le decisioni arbitrali *Cysne (Responsibility of Germany for acts committed subsequent to 31 July 1914 and before Portugal entered into the war)*, UNRIAA, vol. II, 1932, pp. 1035-1052 oltre che il caso Air services agreement of 27 March 1946 (United States v. France), UNRIAA, vol. XVIII, 1979, pag.416.

[79] L'art. 22 del draft articles dispone: "The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with the Chapter II of Part Three".

proporzionalità, pertanto sono previste adeguate clausole di salvaguardia per evitare abusi. Tra queste, l'adozione di contromisure nei confronti del paese incriminato evitando il coinvolgimento di paesi terzi o, in misura più rilevante, la garanzia di conformità a norme generali di diritto internazionale, la non derogabilità dei diritti umani e la presenza degli obblighi di carattere umanitario che proibiscono le rappresaglie[80].

Per quel che concerne i rimedi punitivi è facilmente intuibile che essi non trovino spazio: se l'intento è porre fine a un illecito preservando comunque l'integrità dei rapporti tra gli Stati, sarebbe un controsenso legittimarne l'utilizzo. In un contesto internazionale incentrato sulla difesa dei principi dello stato di diritto per il raggiungimento di un interesse comune, i rimedi sono correttivi di una situazione iniqua conseguenza della violazione. Il riconoscimento dell'applicazione di rimedi punitivi sortirebbe invece l'effetto contrario, alimentando dissapori e contrasti tra i paesi interessati[81].

Queste motivazioni hanno mosso la giurisprudenza a riconoscere legittime quelle forme di riparazione orientate verso il pieno soddisfacimento per la vittima senza deteriorare gli equilibri tra i soggetti di diritto internazionale tra cui, i*n primis*, il ripristino della situazione antecedente – *restitutio in integrum*. Ciò si riscontra nelle decisioni dei tribunali e negli atti internazionali e, a tale scopo, l'organizzazione della disciplina dei rimedi segue un preciso ordine gerarchico. Questo assetto è stato reso

[80] Il capitolo II della terza parte del draft articles si concentra interamente sulla disciplina delle contromisure. In particolare sono da evidenziare gli artt. 49-50-51. L'art. 49 riguarda l'oggetto e i limiti delle contromisure prevedendo: "1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligation under Part II; 2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State; 3. Countermeasures shall, as far as possible, be taken in such a way as to permit the resumption of performance of the obligations in question". Il comma 1 dell'art. 50 tratta delle situazioni in cui l'adozione delle contromisure è vietata: "Countermeasures shall not affect: (a) the obligation to refrain from the threat or use of force as embodied in the Charter of the United Nations; (b) obligation for the protection of fundamental human rights; (c) obligations of a humanitarian character prohibiting reprisals; (d) other obligations under peremptory norms of general international law". L'art. 51 invece riguarda il principio di proporzionalità: "Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question".

[81] La Corte interamericana dei diritti umani ha espressamente stabilito che il diritto internazionale non riconosce assolutamente la forma dei rimedi punitivi o dei danni esemplari. V. caso *Velásquez Rodriguez* c. Honduras (Reparations and costs), del 21 luglio del 1989.

esplicito già nella nota sentenza della Corte permanente internazionale di giustizia *Chorzów Factory*[82], in cui si afferma che:

> Il principio fondamentale inerente alla nozione attuale di atto illecito – un principio che sembra essere stato stabilito dalla prassi internazionale e in particolare dalle decisioni dei tribunali arbitrali – stabilisce che la riparazione deve, il più possibile, rimuovere tutte le conseguenze dell'illecito e ristabilire la situazione che sarebbe esistita con ogni probabilità se la violazione non fosse stata compiuta. La restituzione o, se questa non fosse possibile, il pagamento di una somma corrispondente al valore che la restituzione attesterebbe; il riconoscimento, se necessario, dei danni per le perdite sopportate che non sarebbero coperte dalla restituzione o dal risarcimento in luogo di quest'ultima – tali sono i principi coi quali si determinerebbe l'ammontare della compensazione dovuta per un atto contrario al diritto internazionale[83].

Restitutio in integrum, compensazione e soddisfazione sono, in questo ordine, le forme di rimedio riconosciute dagli organismi internazionali e legittimate anche nel progetto sulla responsabilità degli Stati che ne specifica contenuti e limiti.

Così come stabilito dalla Corte permanente internazionale di giustizia, anche il *draft articles* dà assoluta priorità alla restituzione, definendola come prima forma di rimedio[84] che lo Stato vittima può ottenere. Una scelta che, in concomitanza con altre, può azzerare tutte le conseguenze della violazione subita. Tuttavia, il più delle volte, la restituzione non è completamente concretizzabile[85]; in tali casi può essere predisposta un'ulteriore forma di risarcimento complementare alla restituzione.

Il concetto della *restitutio in integrum* non è facilmente definibile, in quanto l'articolo che la prevede pone dei principi generali che lasciano aperta un'interpretazione più ampia rispetto al fine che si propone; il rischio è valutare

[82] Chorzów Factory, PCIJ, cit.
[83] *Ibidem*, pag. 29. Traduzione non ufficiale dall'inglese a cura dell'autore.
[84] L'art. 34 dispone infatti che: "Full reparation for the injury caused by the internationally wrongful act shall take the form of restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this chapter".
[85] Nel caso Walter Fletcher Smith il tibunale arbitrale, seppur avesse ribadito che la restituzione sarebbe in principio il rimedio più appropriato, ha preferito nel migliore interesse delle parti accordare un compenso. Cfr. UNRIAA, vol. II,1929, pp. 915-918.

situazioni in astratto che finirebbero con l'avvantaggiare lo Stato vittima[86]. Più specificamente, ci si chiede se con la restituzione bisogna limitarsi a ristabilire lo *status quo ante* – ovvero lo stato dell'arte prima dell'illecito – oppure ripristinare la situazione precedente includendo gli eventi che sarebbero occorsi qualora la violazione non si fosse verificata. In questa accezione più ampia si quantificherebbero anche le perdite sofferte, ad esempio quelle per il mancato utilizzo di un bene detenuto illecitamente e poi restituito[87]. La Commissione di diritto internazionale adotta l'interpretazione più restrittiva, in quanto questa si focalizza sulla stima di una situazione di fatto e non eventuale[88], ponendo rimedio alle ulteriori conseguenze provocate dall'illecito con la compensazione e il riconoscimento degli interessi[89].

La restituzione si realizza sostanzialmente attraverso due forme: materiale e giuridica. La prima consiste nella riconsegna di un territorio occupato illecitamente, nel rilascio di una persona sequestrata o arrestata nel proprio Stato, e ancora nella restituzione di una proprietà, sia essa un immobile, dei documenti, delle opere d'arte, delle navi[90].

La restituzione giuridica invece si attua attraverso la modifica di una situazione legale nello Stato responsabile o in relazione al paese che ha subito la lesione. In tal caso si richiede l'annullamento o l'emendamento di una qualche previsione costituzionale o legislativa, oppure la revoca o la riconsiderazione di un atto

[86] In particolare l'art. 35 stabilisce che: A State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to make restitution, that is, to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed, provided and to the extent that restitution: (a) is not materially impossible; (b) does not involve a burden out of all proportion to the benefit deriving from restitution instead of compensation".

[87] Su questa linea si è espressa la Corte di giustizia internazionale che in più occasioni cita e applica la formula espressa nel caso *Chórzow Factory*, il quale si riferisce alla situazione che sarebbe esistita se non vi fosse stata la violazione. Cfr. ad es. il caso *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), cit., §149.

[88] International Law Commision, Report of the third-fifth session (2001), A/56/10, cit., § 2, pag. 238.

[89] Al fine di riconoscere un pieno rimedio alla violazione subita anche il *draft articles*, ancora una volta sulla spinta di quanto si era già affermato nella prassi giurisprudenziale, riconosce la possibilità di accordare una somma di denaro che rappresenti gli interessi maturati sui danni sofferti. L'art. 38 stabilisce infatti che: "1. Interest on any principal sum payable under this charter shall be payable when necessary in order to ensure full reparation. The interest rate and mode of calculation shall be set so as to achieve that result. 2. Interest runs from the date when the principal sum should have been paid until the date the obligation to pay is fulfilled.

[90] Un esempio di restituzione materiale riguardante le persone è la decisione *Diplomatic and consular staff in Theran*, sentenza dell'I.C.J del 24 maggio 1980, §3, pp. 44-45. In questo caso la Corte internazionale di giustizia ha ordinato all'Iran di rilasciare tutti gli statunitensi tenuti in ostaggio all'ambasciata americana. Sulla restituzione di opere d'arte invece si v. la sentenza *Temple of Preah Vihear* (Merits) I.C.J. del 15 giugno 1962, §6, pp. 36-37 in cui la Corte ha disposto a favore della Cambogia la restituzione di alcuni oggetti e del tempio ai danni delle autorità Thai.

amministrativo[91]. Questo tipo di rimedio trova il suo fondamento nel principio di rappresentanza secondo cui i responsabili sono tutti gli organi che agiscono per nome e per conto dello Stato, siano essi legati al potere legislativo, esecutivo o giudiziario[92]. Esso tuttavia è scarsamente applicato nell'ambito di violazioni che coinvolgono relazioni orizzontali tra Stati – sarebbe difficile ipotizzare che un paese modifichi una disposizione normativa in conseguenza di un obbligo internazionale per proteggere i rapporti con gli altri, in quanto ciò verrebbe percepito come una minaccia all'indipendenza e alla sovranità statale. Ciononostante, non è detto che non possa accadere almeno per gli Stati con una maggiore vocazione internazionalista.

Il contesto in cui i rimedi giuridici iniziano invece a trovare una concreta applicazione riguarda gli obblighi posti per la protezione dei diritti umani; i rapporti in questo caso sarebbero verticali tra lo Stato e gli individui di qualsiasi nazionalità. Un'eventuale violazione dell'obbligo coinvolgerebbe una lesione del bene comune, ovvero il rispetto dei diritti e delle libertà dell'uomo, soddisfatto solo attraverso l'implementazione e l'effettiva realizzazione di questi[93].

La *restitutio in integrum* non è una forma di rimedio sempre applicabile in quanto soggetta ad alcuni limiti ben precisi: l'impossibilità materiale nel realizzarla o la sproporzione rispetto agli eventuali vantaggi derivabili da un rimedio compensativo in luogo di una restituzione. Il primo caso si manifesta quando il bene oggetto della restituzione è stato perso, distrutto o si è completamente svalutato, o la persona coinvolta è deceduta. Essa non può tuttavia essere invocata per un mero ostacolo di ordine pratico, nonostante lo Stato responsabile abbia difficoltà per attuare il rimedio; allo stesso modo, il paese colpevole non può appellarsi ad una disposizione interna o ad

[91] Lo sviluppo della restituzione in senso giuridico è stata accolta nella prassi della Corte europea e interamericana. Più in particolare, Strasburgo l'ha definita riparazione per violazione strutturale. V. *infra* cap. 3.

[92] L'art. 4 del *draft articles* stabilisce infatti che: "1. The conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central government or of a territorial unit of the State; 2. An organ includes any person or entity which has the that status in accordance with the internal law of the State".

[93] L'approfondimento di tale questione sarà oggetto dei prossimi capitoli in cui si cercherà di capire quando e in che modo le Corti sovranazionali dei diritti dell'uomo impongono questo tipo di rimedi, quali effetti sortiscono sugli Stati, quali problemi di legittimazione essi pongono. Si può in questa sede anticipare che molti Stati sono riluttanti ad accettare simili direttive schermandosi dietro al raccordo tra le convenzioni dei diritti umani e le fonti di diritto interno. Tale ad es. è il caso dell'Italia che ha sviluppato una prassi altalenante sul seguito delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo.

una situazione politica e amministrativa per evitare di fornire una piena riparazione[94]. Per quanto riguarda la proporzionalità, essa è valutata sulla base di un'analisi costi-benefici accordando la compensazione solo nei casi di grave squilibrio; lo Stato leso potrebbe scegliere tra restituzione e compensazione quando queste hanno medesimo valore. L'unico esempio in cui la prima è sempre preferibile alla seconda si ha quando la sua mancata attuazione mette in pericolo l'indipendenza o la stabilità economica dello Stato leso[95].

Si è già accennato che, quando la restituzione non è in grado di eliminare le conseguenze di una violazione – in quanto materialmente impossibile o sproporzionata – si fa ricorso a una seconda forma di rimedio, la compensazione. Questa consiste nel pagamento di una somma per risarcire il danno effettivo provocato dalla violazione internazionale, includendo perdite di profitto valutabili in concreto[96]. Al contrario, sono esclusi dalla compensazione gli eventuali danni morali che non possono essere mai quantificati poiché arbitrari[97]; questi ultimi sono riconosciuti infatti se si fa uso della soddisfazione come forma di rimedio[98].

Stabilire l'ammontare del danno implica ovviamente una serie di valutazioni economiche che potrebbero risultare soggettive. Il commentario del progetto sulla responsabilità suggerisce di operare la quantificazione sulla base del contenuto dell'obbligazione primaria, delle condizioni in cui versano gli Stati coinvolti e, più in

[94] Ciò risulta chiaro se si fa riferimento all'art. 32 del progetto che recita: "The responsible State may not rely on the provisions of its internal law as justification for failure to comply with its obligations under this Part".

[95] Cfr. commentario all'art. 35 del *draft articles*, International Law Commision, Report of the third-fifth session (2001), A/56/10, cit.,§11, pag. 243.

[96] La regolazione della compensazione si ritrova all'art. 36 del *draft articles* ma anche in questo caso prende le mosse dalla giurisprudenza internazionale, in particolare dalla decisione *Gabčikovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), cit, §152. Nello specifico l'art. 36 dispone che: "1. The State responsible fora n internationally wrongful act is under an obligation to compensate for the damage caused thereby, insofar as such damage is not made good by restitution; 2. the compensation shall cover any financially assessable damage including loss of profits insofar as it is established".

[97] Il *draft articles* non esclude la possibilità di un risarcimento dei danni morali prevedendo questi nel comma 2 dell'art. 31 ("Injury includes any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of a State").

[98] I danni morali tradotti monetariamente sono invece ampiamente riconosciuti dalla Corte europea e da quella interamericana dei diritto dell'uomo per risarcire la vittima della sofferenza che ha subito nel vedersi leso in un proprio diritto fondamentale. La Corte di San Josè ha addirittura in tal senso ravvisato la possibilità di accordare il pagamento di somme di denaro che in qualche modo risarciscano le opportunità perse che la vita avrebbe potuto offrire alla persona lesa, il c.d. *proyecto de vida*.

generale, in relazione al soddisfacimento del principio di equità[99]; si tratta comunque di espedienti non sempre certi e a discrezione dei giudici o della capacità contrattuale degli Stati. Tra i danni più difficilmente quantificabili vi sono quelli riguardanti la perdita di una vita umana, la detenzione arbitraria o altre violazioni alla libertà personale, o ancora quelli procurati all'ambiente.[100] Il carattere non oggettivo di questi danni spiega il perchè la restituzione *in integrum* rappresenti la forma di rimedio anteposta alle altre.

Per quanto riguarda la soddisfazione, terzo rimedio previsto, consiste in una forma morale di riparazione[101]. Innanzitutto, in base al criterio gerarchico applicato ai rimedi, la soddisfazione viene accordata solo nel momento in cui non può esserci una piena riparazione attraverso la restituzione o la compensazione, tanto da poterla definire in teoria una misura con carattere eccezionale. Ciononostante, essa rappresenta nella prassi la riparazione più comune e, il più delle volte, comminata con la compensazione qualora i danni materiali siano quantificabili[102]. Essa traduce il principio di pari dignità degli Stati sovrani tanto da pretendere qualsiasi azione simbolica da parte di quello Stato che ha leso la rispettabilità di un altro. La richiesta di una soddisfazione è connessa a quelle offese che non provocano danni materiali ma che, ad esempio, riguardano insulti verso i simboli di uno Stato come la bandiera, o ancora la violazione dell'integrità territoriale, un attacco a un Capo di Stato, ad un esponente di Governo o ad un funzionario diplomatico.

Le forme di soddisfazione appropriate non possono stabilirsi a priori in quanto dipendono dalle circostanze del caso concreto. Tra le più usuali vi sono le constatazioni di violazione, ovvero le *declaratory judgment* che, tuttavia, non sempre vengono associate a una forma di riparazione vera e propria. I giudici internazionali la utilizzano

---

[99] *Cfr*. commentario all'art. 36 del *draft articles*, International Law Commision, Report of the third-fifth session (2001), A/56/10, cit.,§ 7, pag. 247.

[100] Eppure vi sono vari esempi in cui si è trovato un corrispettivo economico a questo tipo di lesioni, come ad esempio l'aver stabilito l'ammontare di una somma di denaro giornaliera corrisposta per ogni giorno trascorso in carcere ingiustamente. Cfr. i casi riportati nel commentario all'art. 36, *ibidem*, § 8-34.

[101] L'art. 37 del draft articles disciplina la soddisfazione in tal modo: "1. The State responsible for an internationally wrongful act is under an obligation to give satisfaction for the injury caused by that act insofar as it cannot be made good by restitution or compensation; 2. satisfaction may consist in an acknowledgement of the breach, an expression of regret, a formal apology or another appropriate modality; 3. satisfaction shall not be out of proportion to the injury and may not take a form of humiliating to the responsible State.

[102] Come si vedrà in seguito, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, che nella maggior parte delle decisioni ha fatto un largo uso della *declaratory judgment*, non si sottrae tuttavia nella giurisprudenza recente dal fissare l'ammontare dei danni materiali qualora le parti vi facessero richiesta. V. *infra* cap. 3, §3.2.2

infatti in una fase preliminare rispetto alla comminazione di altri tipi di rimedio. Altre volte, esse rappresentano invece la riparazione in sé, a condizione che la semplice constatazione rappresenti una soddisfazione sufficiente non precludendo allo Stato responsabile la possibilità di predisporre misure che evitino simili violazioni in futuro. Altre forme di soddisfazione sono la dichiarazione di un pentimento, le formali scuse ma anche la garanzia di non ripetizione dell'illecito. Quest'ultima costituisce un tipo di soddisfazione non espressamente elencata nel *draft articles* ma non esclusa in quanto l'elenco al comma 2 dell'art. 37 del progetto è pacificamente considerato non esaustivo, lasciando spazio ad altre forme non indicate. È una misura di natura preventiva legata all'obbligo della cessazione dell'illecito; la garanzia di non ripetizione assicura la reale fine della violazione poiché evita il ripresentarsi di quest'ultima in futuro[103].

Anche in relazione alla soddisfazione si prevedono dei limiti in linea con l'obiettivo principale che si pone la regolamentazione dei rimedi, ossia evitarne l'utilizzo per fini punitivi. Il pericolo risulta essere ancora più accentuato: ad esempio, imporre formali scuse può significare l'umiliazione di uno Stato sulla scena internazionale. In passato, le continue richieste di comminare questo tipo di rimedio hanno indotto la Commissione di diritto internazionale, supportata dall'opinione di molti giuristi, a porre dei limiti ben precisi onde evitare un effetto perverso. A conferma di ciò, nel progetto sulla responsabilità statale si è stabilito che la soddisfazione deve essere proporzionata e mai fonte di umiliazione per gli Stati coinvolti.

Questo scenario rende evidente come la giurisprudenza e il progetto sulla responsabilità statale chiariscano il valore e i contenuti delle forme di rimedio ritenute legittime; nonostante ciò, l'applicazione nella pratica risulta incerta. La Corte internazionale di giustizia, se non anche i tribunali arbitrari, hanno assunto un atteggiamento altalenante[104], favorendo il distacco da parte degli Stati che, perciò, possono sentirsi legittimati a trascurare le decisioni sui rimedi da adottare.

Come sottolineato in dottrina, la giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia ha sì creato in qualche modo il 'diritto internazionale dei rimedi' ma, trattando

[103] V. *supra note* n. 70.

[104] Sono numerosi i casi in cui la Corte internazionale decide in maniera diversa sui rimedi a seconda dei fattori che influenzano il caso concreto, come l'accordo tra le parti, la materia del contendere etc. Per una rassegna esaustiva di essi cfr. C. D. Grey, *Judicial remedies in international law*, Oxford, 1987, pp. 59-119.

i casi singolarmente, non favorisce la determinazione di regole certe che fornirebbero maggiori certezze giuridiche per incentivare gli Stati a dare seguito alle decisioni internazionali[105]. "Un simile metodo lascia spazio a risultati non prevedibili lasciando presagire un atteggiamento superficiale dell'I.C.J. nei confronti della disciplina dei rimedi, in contrasto con l'approccio utilizzato nei confronti delle questioni sostanziali"[106].

Uno dei problemi principali che condiziona i tribunali internazionali è quello relativo alla giurisdizione. I dubbi sono sorti sulla questione se, una volta che vi si fa ricorso, le corti possano effettivamente stabilire come porre riparo agli illeciti. Una corte internazionale ha come dovere la risoluzione di una controversia giuridica dichiarando, alla luce dell'interpretazione di un atto formale, se vi è stata una violazione del diritto internazionale. La scelta dei rimedi invece ricade sugli Stati coinvolti, che attraverso il raggiungimento di eventuali accordi, possono mettere fine all'illecito. I tribunali internazionali, in molti casi, non si sono tuttavia sottratti dal sancire le forme di riparazione più opportune[107] nonostante la mancanza di una previsione giuridica esplicita. In dottrina si sostiene che ciò non è strettamente necessario in quanto tale potere deriva dalla funzione giuridica di tali organi. La stessa Corte di giustizia supporta apertamente questo punto di vista, ritenendo il potere sui rimedi intrinseco in quanto mezzo per garantire la piena giurisdizione per risolvere una controversia nel merito[108]. Il problema di interpretazione ovviamente non si pone per quei trattati che contengono esplicitamente previsioni riguardo alla giurisdizione delle corti internazionali in tema di rimedi[109].

La disciplina dei rimedi, affrontata dai tribunali internazionali, dipende in realtà prevalentemente da come essi concepiscono il proprio ruolo inteso come stimolo per gli Stati affinché essi si conformino al diritto internazionale con mezzi giuridici legittimi.

---

[105] Di questa opinione è C. Grey il quale, se da un lato ammette che in molti casi è inevitabile che la Corte internazionale di giustizia si focalizzi sulle circostanze del caso concreto, auspica allo stesso tempo un riferimento maggiore alla giurisprudenza precedente e anche a quella degli altri tribunali internazionali. Cfr. C. D. Grey, *ibidem*, pag.107.

[106] *Ibidem*, pag. 108.

[107] Cfr. ad es. il caso *Diplomatic and consular staff in Theran*, cit., o il caso *Temple of Preah Vihear*, cit.

[108] La tesi della giurisdizione intrinseca in tema di rimedi è ampiamente trattata e argomentata in C. F. Amerasinghe, *Jurisdiction of international tribunals*, The Hague/London/New York, 2004, pp. 385-423.

[109] Si v. in tal senso le Convenzioni europea e interamericana dei diritti dell'uomo, rispettivamente gli artt. 41 e 63.

"Risolvere una controversia in modo che diminuiscano le possibilità di ulteriori futuri conflitti o dispute tra le parti può o non può essere corrispondente all'obiettivo della piena riparazione che la vittima pretende, ma è un aspetto che i tribunali internazionali devono considerare di particolare rilevanza per sostenere i principi dello stato di diritto, di sicuro più importante rispetto all'assicurare l'esecuzione delle richieste di risarcimento"[110]. Un simile approccio porterebbe i singoli ordinamenti interni ad un rispetto maggiore delle sentenze internazionali, persuasi dalla condivisione degli stessi valori e della eguale posizione rispetto agli altri.

1.3 Il diverso *status* dei trattati internazionali sui diritti umani

I diritti umani sono stati da sempre al centro dell'attenzione dei dibattiti filosofici, religiosi e giuridici. Sin dalle prime forme di società organizzate sono sorti quesiti sulla condizione dell'uomo, sulla sua natura, sui rapporti con gli individui e con l'intera comunità. Tutto ciò è stato oggetto di riflessione dei più autorevoli pensatori, dando vita a diverse correnti dottrinali che hanno tanto innalzato quanto sacrificato barbaramente l'esistenza umana. Come è stato sostenuto "la concezione dei diritti umani non è solo complessa ma anche profonda e imbarazzante. Ciò perché i diritti umani ci colpiscono nel vivo e ci mettono di fronte a problemi difficili e scoraggianti"[111].

[110] Così D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., pag.94. È un'osservazione questa che si sposa perfettamente con l'atteggiamento che la Corte europea ha assunto recentemente nei confronti della disciplina dei rimedi. Come si vedrà più diffusamente in seguito, il fatto di essere travolta ormai da innumerevoli ricorsi l'ha spinta ad essere più categorica sul tema per evitare violazioni future e raggiungere l'obiettivo di un maggiore rispetto dei principi dello stato di diritto.

[111] Così P. G. Lauren, *The evolution of international human right*, 2^ed., Philadelphia, 2003, pag.4. Di particolare interesse è l'analisi dell'A. sulle diverse concezioni religiose e filosofiche che si sono succedute nel tempo in tema di diritti umani, op. cit. pp. 4-21. Rilevanti anche le osservazioni di carattere storico sulle teorie, definite dall'A. riduzionistiche, dei diritti umani di G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè editore, 1993, pp. 95-182. Sull'origine dell'idea dei diritti umani nell'era del colonialismo in America e il contributo dell'America latina allos viluppo della concezione universale dei diritti umani *cfr*. P. G. Carozza, *From conquest to Constitutions: retrieving a latin american tradition of the idea of human rights*, Hum. Rts .Q., vol. 25, 2003, pag. 281-313. Più in generale la dottrina sul tema dei diritti umani è naturalmente sterminata. Si ricordano qui a titolo esemplificativo, A. Baldassarre, voce *Diritti inviolabili*, *in Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; P. Caretti, *I diritti fondamentali: libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2002.

La storia dimostra come spesso i diritti umani sono stati violati nonostante i numerosi tentativi compiuti per assicurarne un concreto rispetto[112]; soltanto dopo i due conflitti mondiali si è tuttavia avuta piena consapevolezza di estendere la protezione dei diritti prescindendo dai confini nazionali. Gli orrori della seconda guerra mondiale e le conseguenze drammatiche dei regimi totalitari indicavano la necessità di voltare pagina, ricostruendo un ordine pubblico comune fondato sui principi dello stato di diritto.

Oltre all'avvento dei sistemi costituzionalisti moderni, nascevano il Consiglio d'Europa e l'Onu, la cui Commissione sui diritti umani prese in carico la realizzazione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo[113]. L'intento era quello di "salvare le future generazioni dal flagello della guerra, […] a riaffermare la fede nei diritti fondamentali dell'uomo, […] a creare le condizioni in cui la giustizia ed il rispetto degli obblighi derivanti dai trattati e dalle altri fonti del diritto internazionale possano essere mantenuti, a promuovere il progresso sociale ed un più elevato tenore di vita in una più ampia libertà"[114]. Come è noto, la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo non ha un valore vincolante ma è da sempre considerata il punto di riferimento per la redazione e l'interpretazione di altri trattati sui diritti umani.

Seppur basate su norme di carattere prettamente generale, le carte sui diritti umani si riconducono ai valori insiti nella Dichiarazione, ovvero la protezione della dignità umana e, quindi, il rispetto di condizioni elementari quali il diritto alla vita, alla libertà, al nutrimento. Ciò fa sì che le carte dei diritti assumano una natura peculiare rispetto ai classici trattati di diritto internazionale. Il principale scopo delle prime è regolare le relazioni tra Stato e individui al fine di proteggere questi ultimi da un

[112] Se in principio i diritti umani hanno iniziato ad affermarsi secondo le teorie del diritto naturale, dai filosofi greci come Platone a Aristotele, ai pensatori stoici romani come Cicerone e Giustiniano, a quelli cristiani come Tommaso D'Aquino, tuttavia con approcci diversi l'uno dall'altro, col tempo si è sentita l'esigenza di positivizzare tali diritti. Ne costituisce un primissimo esempio la Magna Carta che il Re John nel 1215 concesse ai baroni inglesi sancendo il principio che esistono limiti al potere governante della Corona, che i re devono rispettare i diritti che le libertà devono essere garantite dalla legge. Ovviamente si sono susseguiti eventi politici e storici di più vasta portata che hanno catalizzato l'attenzione sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo quali la guerra civile inglese, la rivoluzione americana e quella francese.

[113] Per un suggestivo racconto sull'insediamento della Commissione, i dibattiti al suo interno e l'epilogo dei lavori cfr. M. A. Glendon, *A world made new*, New York, Random house paperback edition, 2001. Dello stesso tenore e con stimolanti riflessioni relative al valore e al significato culturale che può attribuirsi alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, M. A. Glendon, *Propter honoris respectum: knowing the Universal declaration of human rights*, Notre Dame L. Rev., vol. 73, 1998, pp. 1153-1176., consultabile ora nella versione italiana Id., *Tradizioni in subbuglio*, Cosenza, 2007.

[114] Così recita il Preambolo della Carta delle Nazioni Unite firmata a San Francisco il 26 giugno del 1945 ed entrata in vigore il 24 ottobre dello stesso anno.

tirannico uso del potere mentre, i trattati tradizionali, come si è ampiamente ribadito, disciplinano i rapporti interstatali. Lo sviluppo del 'diritto dei diritti umani' oltre i confini nazionali non solo ha contribuito a cambiare il volto al diritto internazionale in generale, mettendo in dubbio il monopolio statale ma, allo stesso tempo, ha ristretto il concetto di giurisdizione 'domestica', permettendo a organi della comunità internazionale di interferire nei rapporti giuridici interni. La disciplina dei diritti umani internazionali può considerarsi quindi "l'elemento 'distruttore' più potente del principio di sovranità secondo i canoni concepiti con la Pace di Westfalia"[115].

Citando Vaclav Havel, ex Presidente della Repubblica Ceca, "due guerre mondiali, l'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, la diffusione dei modelli democratici e l'evoluzione della civilizzazione hanno finalmente condotto l'umanità a riconoscere che gli individui sono più importanti degli Stati"[116]. Concetto già ribadito dalla Corte penale internazionale per i crimini contro l'ex Iugoslavia nella sentenza *Tadić*, in cui si affermava che "il broccardo romano *hominum causa omne jus constitutum est* ha finalmente preso piede nella comunità internazionale"[117]. Di conseguenza, quanto era precedentemente considerato egemonia della sovranità statale, attraverso la protezione costituzionale e legislativa interna, oggi è materia di competenza internazionale, in quanto sono in gioco valori comuni fondamentali. In definitiva si profila una gerarchia in cui le norme sui diritti umani occupano il vertice rispetto a qualsiasi altro principio di diritto internazionale.

Ciononostante, anche tra i diritti fondamentali, soprattutto da un punto di vista internazionale, vige un ordine in quanto non tutte le libertà hanno titolo di essere rivendicate in ugual maniera; i diritti che necessitano di una completa tutela sono quelli che assicurano uno standard minimo di protezione. Se così non fosse, il concetto di universalità dei diritti rischierebbe di confondersi con quello di uniformità. Come espresso nella "Dichiarazione delle Nazioni Unite di Vienna e programma d'azione"[118], se è vero che i diritti fondamentali sono riconosciuti come universali, indivisibili,

[115] In questo modo si esprime J. Currie, *Public international law*, cit., pag. 354.
[116] Discorso citato da G. Buquicchio nel discorso introduttivo in occasione del convegno a cura della Commissione di Venezia a Coimbra sul tema "Lo *status* dei trattati internazionali sui diritti umani" i cui atti possono reperiresi in *The status of international treaties of human rights*, Venice commission (a cura di), Strasburgo, Council of Europe publishing, 2006.
[117] Decisione del 2 ottobre 1995, § 97.
[118] Paragrafo 5 della dichiarazione, ONU A/ CONF.157 /23 (12 luglio 1993), adottata il 25 giugno del 1993 dalle Nazioni Unite.

interdipendenti e interrelati, è altrettanto vero che non bisogna perdere di vista le particolarità nazionali e regionali e i diversi contesti storici, culturali ed economici affinché questi siano realmente salvaguardati e promossi.

Se fosse vero il contrario, quanto espresso nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo sarebbe stato relegato nella sfera dell'ideale, senza possibilità alcuna di trasformarsi in qualcosa di più concreto[119]. In un certo qual modo questo documento ha sancito formalmente quei principi già affermatisi in maniera consuetudinaria e che comunque si sarebbero imposti anche senza una loro previsione ufficiale[120]. Per questo motivo è lecito parlare di gerarchia tra i diritti considerati inderogabili, perchè strettamente legati alla protezione della dignità, e altri che sono passibili di limitazioni per la salvaguardia di un interesse pubblico superiore [121].

Al di là della gerarchia interna dei diritti, una volta che essi sono sanciti all'interno di un trattato sono pienamente vincolanti nei confronti degli Stati che, in questo caso, assumono una posizione significativamente diversa rispetto a quella occupata in un trattato classico. L'elemento innovativo delle obbligazioni derivanti dalle convenzioni internazionali sui diritti umani consiste nel carattere *erga omnes*, ovvero nell'essere rivendicabili da tutti nell'interesse di un bene comune. Lo scopo delle

[119] La sua forza invece è consistita proprio nella sua essenzialità, nel suo essere una sorta di contenitore che potesse includere diversi modelli per la protezione dei diritti umani, nel suo carattere ambiguo, ovvero aperto a qualsiasi interpretazione. Non va dimenticato infatti che all'epoca delle discussione per l'adozione della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo si contrapponevano due forti concezioni sui diritti, l'una della cultura occidentale, l'altra del blocco sovietico. La Dichiarazione doveva quindi rappresentare il compromesso, ponendo un minimo comune denominatore dei principi fondamentali.

[120] Vero è che gli avvenimenti storici appena trascorsi avevano tuttavia dimostrato come fosse difficile in concreto rivendicare norme con carattere cogente per porre fine agli abusi contro l'umanità. A onor del vero anche oggi che gli strumenti nazionali e internazionali sono molto più affinati il rischio rimane alto. Il problema principale risiede infatti nei mezzi con cui si può assicurare la conformità ai principi fondamentali sui diritti umani. Un esempio che si può riportare a favore dell'applicazione di norme *jus cogens* è il caso *Filartiga c. Pena* del 1980 in cui divieto di tortura ha trovato tutela diretta da parte di una giurisdizione esterna al paese in cui il diritto era stato violato prima della stipulazione della Convenzione contro la tortura, adottata dalle Nazioni Unite nel 1984 ed entrata in vigore nel 1987.

[121] Elemento comune delle Carte dei diritti, compresi i documenti costituzionali degli Stati, è la struttura dell'enunciazione delle libertà: all'affermazione dell'universalità del diritto segue immediatamente dopo l'elenco di quelle circostanze che permetterebbero di limitare la libertà in questione. Non tutti i diritti sono tuttavia sottoposti a queste restrizioni, alcuni di essi, come ad es. il diritto alla vita, il divieto di tortura e di schiavitù non sono suscettibili di deroghe e non possono essere sospesi neanche in situazioni di emergenza. Si è già visto tra l'altro che il *draft articles* nega la possibilità di adottare contromisure nel caso queste vadano contro i diritti umani fondamentali (v. §1.2.3). Sulle differenze che possono farsi tra norme *jus cogens*, principi fondamentali e non derogabili nei trattati sui diritti umani e la loro applicazione a livello internazionale e interna agli Stati si rinvia a D. Shelton, *Are there differentiations among human rights? Jus cogens, core human rights, obligation erga omnes and non-derogability*, in *The status of international treaties of human rights*, cit., pp. 159-186.

clausole ivi contenute non è attribuire eguali diritti e doveri agli Stati affinché questi ne traggano un mutuo beneficio, così come accade nei trattati internazionali *tout court*. Nelle carte dei diritti invece "lo scopo è quello di garantire ai singoli il godimento delle libertà fondamentali, senza curarsi della loro nazionalità nei confronti di tutti gli Stati, non solo quello di cui si è cittadini. In forza di tali trattati gli Stati, quindi, accettano di sottomettersi a un ordine giuridico che li costringe a diversi obblighi non rispetto ad altri paesi ma verso gli individui *destinatari delle norme*"[122].

Ciò spiega anche il motivo per cui qualsiasi Stato ha la possibilità di denunciare la violazione di diritti umani compiuta da un altro ordinamento. Se è vero che gli illeciti inerenti i diritti umani non producono un danno diretto ai singoli paesi, è altrettanto vero che i governi centrali si sentono autorizzati ad intervenire in quanto vengono lesi i diritti dell'intera comunità internazionale. Questo principio è stato affermato dalla Corte di giustizia internazionale nel caso *Barcelona Traction*[123] in cui si riconosce apertamente la natura *erga omnes* delle obbligazioni che riguardano i diritti fondamentali. Tale peculiarità, esclusiva dei trattati sui diritti umani, porta a sostenere che il loro *status* esula da quello inerente a qualsiasi altro accordo internazionale; ciò induce gli operatori giuridici a considerare queste convenzioni con occhi diversi per la risoluzione dei conflitti tra i diretti interessati e per la posizione dei singoli Stati nell'ordinamento internazionale[124].

---

[122] Corsivo nostro. È quanto afferma la Corte interamericana dei diritti dell'uomo in The effect of reservations on the entry into forse of the ACHR (Articles 74-75), (1982) 2 Inter-Am.Ct.H.R. (ser. A), H.R.L.J, vol. 3, 1982, pag.153.

[123] I.C.J. caso *Barcelona Traction, Lights and Power company, Ltd*., (Belgium v. Spain), del 24 luglio 1964.

[124] Tali particolarità sono ancora messe più in evidenza se si considera la disciplina delle riserve e delle denunce dei trattati internazionali. In quelli classici, sia il diritto dei trattati sancito nella Convenzione di Vienna sia i singoli trattati prevedono clausole che permettono pacificamente la possibilità di apporre riserve su determinati oggetti del trattato o di recedere (Cfr. ad. es. la sez. 3 della Convenzione di Vienna). Per quanto riguarda invece i trattati sui diritti umani tali possibilità sono generalmente soggette a delle restrizioni particolari. Ogni singola Convenzione prevede una propria regola a riguardo. Alcuni le proibiscono esplicitamente altri sono soggetti a interpretazioni restrittive. Per quanto riguarda le riserve i Patti stipulati dalle Nazioni unite e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ad es. non prevedono alcuna disposizione per le riserve di carattere generale, ma la loro interpretazione sembra scartare l'ipotesi di porle sulle parti fondamentali altrimenti si svuoterebbe il senso dello stesso trattato. Le norme che formalizzano le consuetudini non possono certamente essere oggetto di discrezionalità applicativa. La Convenzione europea dispone che riserve particolari sono accettate nella misura in cui ci sono leggi già in vigore nel territorio che contrastano con la disposizione oggetto della riserva (art. 57 Cedu) ma mai si potrebbe pensare che questa possa avanzarsi per un diritto fondamentale. Sul tema delle riserve cfr. P. Leach, *Taking a case to the european Court of human rights*, 2nd ed., Oxford, 2005, pp. 389-396. Sulla possibilità di recedere si è ancora più categorici, alcuni trattati prevedendo solo delle denunce parziali

Una delle conseguenze maggiori di questo nuovo assetto interessa anche il raggio di azione della disciplina dei rimedi. Come ben evidenziato da Dinah Shelton, gli organi internazionali preposti dovrebbero tenere presente che assicurare dei rimedi alle vittime di abusi ha il vantaggio di risarcirle e, contestualmente, di scoraggiare future violazioni[125]. Quando sono lesi i diritti umani è l'intera società che subisce un danno poiché si mettono in discussione gli stessi cardini dello stato democratico. La salvaguardia dei diritti mette al riparo i cittadini dagli abusi del potere centrale il quale, dal canto suo, deve assicurare loro condizioni di vita ottimali. Si raffigura una sorta di *do ut des* secondo cui i singoli concedono la propria fiducia ad un autorità in grado di rappresentarli, la quale a sua volta deve operare in modo da ripagare tale investimento. Se ciò non accadesse, l'unica via d'uscita sarebbe fornire un rimedio concreto. La stessa Corte interamericana ha sostenuto che:

> "le vere alterazioni alla vita di una persona sono quelle derivanti da ingiuste e arbitrarie azioni di governo in violazione di norme esistenti e della fiducia data al potere pubblico il cui dovere, invece, è proteggere e assicurare agli individui l'esercizio dei propri diritti e la soddisfazione dei legittimi interessi"[126].

Si potrebbe perciò affermare che se non vi fosse una corretta previsione della disciplina dei rimedi, i diritti fondamentali rimarrebbero privi di effetto. Le forme di riparazione sono utili per dare concretezza alle norme giuridiche, "per rendere reale ciò che altrimenti rimarrebbe nella sfera ideale"[127] .

I trattati internazionali sui diritti pongono quindi obblighi ben precisi agli Stati, lasciando loro tuttavia ampia discrezionalità per assicurare il rispetto delle clausole previste, compatibilmente con le proprie politiche, le tradizioni sociali, economiche e culturali. Sono le autorità statali che hanno il compito di proteggere i propri cittadini in un'ottica sussidiaria rispetto ai meccanismi di garanzia offerti dalle Convenzioni;

---

altre vietandole completamente. I Patti infatti non prevedono alcuna possibilità a riguardo anche se non ci sono disposizioni specifiche mentre la Cedu la permette solo dopo la scadenza di cinque anni successivi alla data della sua ratifica e scaduti sei mesi dalla richiesta (art. 58). Sull'argomento si v. A. Kiss, *International human rights treaties: a special category of international treaty?*, in *The status of international treaties on human rights*, cit., pp.11-29.

[125] *Cfr.* Dinah Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., pp. 97-102.

[126] Caso Loayza Tamayo c. Peru (Reparations) del 27 novembre del 1988, il quale sarà oggetto di un ampio commento nel cap. 3, §3.3.1.

[127] Così P. Gewirtz, *Remedies and resistance*, Yale L. J., vol. 92, 1983, pp.585 ss.

soltanto qualora gli ordinamenti risultassero inadempienti si può ricorrere agli organi internazionali preposti[128]. Tuttavia, anche se le carte dei diritti possiedono un valore vincolante, non risulta facile assicurare il loro pieno rispetto, mancando in generale un sistema di *enforcement* valido.

Chi può rivendicare una violazione? E soprattutto come si possono costringere gli Stati a dare effettiva tutela ai diritti riconosciuti? Qual è la natura degli organi internazionali col compito di verificare il rispetto delle libertà? Nella maggior parte dei trattati esistenti, gli individui lesi non hanno la possibilità di avanzare un ricorso individuale. La natura politica degli organismi preposti a livello internazionale fa sì inoltre che essi possano solo esercitare delle pressioni sugli Stati inadempienti senza avere mezzi giuridici sufficienti per costringerli a porre riparo. Dal canto loro, gli Stati più restii ad uniformarsi possono avanzare una differente interpretazione delle carte, oltre a rivendicare l'esercizio di poteri sovrani per rifiutare 'ordini' dall'esterno.

Malgrado ciò, col tempo si sono sviluppati meccanismi che, in qualche modo, colmano questi limiti, seppur con risultati poco soddisfacenti. Si è già accennato dell'opportunità concessa ai paesi non direttamente coinvolti di poter avanzare un ricorso interstatale alle autorità internazionali per denunciare abusi sui diritti umani. Una strada che finora non ha sortito effetti degni di nota; questi tipi di ricorsi sono infatti molto rari[129] per due ragioni: i costi politici ed economici troppo elevati e il timore di mettere in crisi i rapporti con altri Stati attraverso atti non in linea con i tradizionali canali diplomatici[130]. Per quanto riguarda invece gli strumenti nelle mani degli organi internazionali, vi sono ormai diversi esempi concreti. Non si fa riferimento alla Corte europea e quella interamericana dei diritti dell'uomo che, in qualità di organi giurisdizionali, occupano una posizione molto diversa grazie all'autorità della cosa giudicata[131]. In questa sede si vuole citare ad esempio le competenze del Comitato dei

[128] Tutte le Carte dei diritti, oltre che i trattati internazionali che tutelano i diritti di cittadini stranieri in altri Stati, prevedono infatti la regola dell'esaurimento dei ricorsi interni.. V. ad es. art. 35 Cedu e art. 46 dell'Iachr. Per le posizioni dottrinali sul tema si rinvia a R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004; C. F. Amerasinghe, *Local remedies in International law*, Cambridge, 2004.

[129] Alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati presentati finora solo una dozzina di ricorsi interstatali mentre a quella interamericana al momento in cui si scrive ancora nessuno.

[130] Di questa opinione Dinah Shelton, *Remedies in international human rights law,* cit., pag.99.

[131] Saranno oggetto d'indagine dei prossimi capitoli proprio i compiti assegnati a queste Corti, e quali possibilità esse hanno per imporsi agli Stati attraverso la disciplina dei rimedi.

diritti umani per la protezione dei Patti internazionali sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali (ICCPR e ICESCR)[132].

I meccanismi di tutela previsti in questi due accordi sono per lo più simili, con la differenza che il Patto sui diritti civili e politici assicura un'ulteriore forma di protezione verso i cittadini di quei paesi che hanno stipulato il primo protocollo opzionale[133]. Entrambe le convenzioni si avvalgono di un Comitato dei diritti umani composto da diciotto membri nominati dagli Stati ma non in loro rappresentanza, in quanto esperti indipendenti. La principale mansione che i Comitati svolgono è ricevere e commentare i report che periodicamente gli Stati hanno l'obbligo di redigere[134]. Il contenuto di tali rapporti è abbastanza specifico e mette in evidenza i progressi che i paesi compiono per migliorare il quadro giuridico interno per la salvaguardia dei diritti contemplati nei due accordi. I commenti e le osservazioni dei Comitati vengono espressi per iscritto nella forma di raccomandazioni che, tuttavia, non hanno valore vincolante; in questo modo i report si limitano a individuare una sorta di 'responsabilità politica' degli Stati.

A differenza del Comitato che opera in applicazione del ICESCR, quello del ICCPR assorbe competenze maggiori in quanto non solo permette di avanzare ricorsi interstatali, ma offre tale facoltà anche ai cittadini dei paesi che hanno firmato il protocollo opzionale[135]. Riguardo ai ricorsi statali, ogni singolo ordinamento può farne uso se ritiene che un altro Stato agisca non conformemente al Patto, a condizione che entrambi dichiarino esplicitamente e reciprocamente di accettare la competenza del Comitato. È comunque improbabile che quest'ultimo possa esercitare la sua giurisdizione: non solo vi è la necessità di dimostrare l'esaurimento delle vie interne, ma vi è anche la tendenza da parte del Comitato di persuadere gli Stati coinvolti a trovare un accordo amichevole.

[132] I due Patti internazionali sono stati approvati entrambi il 16 dicembre del 1966 ma quello sui diritti civili e politici è entrato in vigore il 23 marzo del 1976 mentre quello sui diritti economici sociali e culturali il 3 gennaio dello stesso anno.

[133] Questo è stato adottato ed è entrato in vigore negli stessi giorni del Patto, *ibidem.*

[134] Sul valore che in generale i report assumono nell'ambito dei trattati sui diritti umani cfr. V. Dimitrijevic, *State reports*, in *International human rights monitoring mechanisms*, G. Alfredsson, J. Grimheden, B. G. Ramcharan e A. de Zayas (a cura di), The Hague/Boston/London, pp. 185-200.

[135] Al momento sono soltanto 12 i paesi dei 35 che hanno ratificato il protocollo. La differenza delle competenze affidate ai due Comitati riflette per lo più il contenuto dei diritti contemplati nei due patti, più immediatamente prescrittivi i primi, più programmatici i secondi.

La strada del ricorso individuale[136] appare invece più consona perché dà maggiore visibilità alle violazioni statali. Dopo aver valutato la situazione, il Comitato comunica allo Stato responsabile e alla presunta vittima le proprie osservazioni che, come gli esiti di un ricorso interstatale, non sono però legalmente vincolanti. Poiché tali osservazioni sono pubblicate in documenti annuali, il loro unico scopo è quello di essere pubblicizzate per esercitare una pressione politica sugli Stati. Vero è, tuttavia, che il Comitato dell'ICCPR più recentemente, nelle sue decisioni, adotta più larghe vedute in termini di rimedi, supportato dallo stesso testo dal testo del Patto[137]. Il Comitato infatti ha trovato l'occasione non solo di stabilire la necessità di corrispondere un compenso ma addirittura di fissare il *quantum*[138]; inoltre, in varie circostanze, ha provveduto a ordinare pubbliche investigazioni per stabilire la veridicità dei fatti, a raccomandare la non ripetizione della violazione, a suggerire cambiamenti legislativi, a disporre la scarcerazione di detenuti, la restituzione di immobili e la reintegrazione del posto di lavoro[139].

Molti progressi sono stati fatti dunque anche in tema di *enforcement* dei trattati sui diritti umani: gli organismi internazionali appaiono maggiormente convinti che la strada maestra per raggiungere uno standard minimo di tutela è favorire l'implementazione degli accordi. Sono ormai diffuse le procedure di *follow-up* messe a punto per monitorare il comportamento degli Stati in ossequio alla riparazione delle violazioni commesse[140]. La natura non vincolante delle decisioni prese lascia tuttavia ai governi interni la possibilità di trovare comodi *escamotage* per evitare di conformarsi ad esse. Tra questi espedienti vi è il rifiuto di condividere il punto di vista espresso dagli

[136] Sugli elementi procedurali del ricorso individuale al Comitato dei diritti umani del Patto internazionale sui diritti civili e politici si rinvia a A. de Zayas, *The examination of individual complaints*, in *International human rights monitoring mechanism*, cit., pp. 67-121.

[137] La disposizione di riferimento è l'art. 2(3) il quale recita: "Ciascuno degli Stati parti del presente Patto s'impegna a: a) garantire che qualsiasi persona, i cui diritti o libertà riconosciuti dal presente Patto siano stati violati, disponga di effettivi mezzi di ricorso, anche nel caso in cui la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali; b) garantire che l'autorità competente, giudiziaria, amministrativa o legislativa, od ogni altra autorità competente ai sensi dell'ordinamento giuridico dello Stato, decida in merito ai diritti del ricorrente, e sviluppare le possibilità di ricorso in sede giudiziaria; c) garantire che le autorità competenti diano esecuzione a qualsiasi pronuncia di accoglimento di tali ricorsi.

[138] Cfr. ad es. Comm. N. 790/1977 (*Vladimir Petrovich Laptsecich v. Belarus*), U.N. Doc. A/55/40, riportato in D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., nota n.32, pag.183.

[139] Per un esaustivo elenco dei casi in cui il Comitato predispone nei particolari i tipi di rimedi si rinvia a *ibidem*, note 33-43, pp. 184-185.

[140] Sul punto M. G. Schmidt, *Follow-up procedures to individual complaints and periodic State reporting mechanisms*, in *International human rights monitoring mechanisms*, cit., pp.201-215.

organi internazionali e la messa in dubbio della ragionevolezza delle loro decisioni, quale la sproporzionalità rispetto al danno causato. I mezzi a disposizione non permettono a tali istituzioni di essere incisive data la non obbligatorietà giuridica degli strumenti.

Questa condizione non riguarda le Convenzioni sui diritti a livello regionale, in quanto la loro tutela e interpretazione è affidata a delle Corti giurisdizionali che possono sfruttare al meglio il valore vincolante delle sentenze da esse pronunciate per imporre in concreto il rispetto dei diritti umani. Tale argomento sarà proprio l'oggetto specifico dei prossimi capitoli.

CAPITOLO 2

LA CORTE EUROPEA E LA CORTE INTERAMERICANA PER LA PROTEZIONE DEI DIRITTI UMANI. IL QUADRO ISTITUZIONALE A CONFRONTO

2.1 Le carte regionali dei diritti umani

I trattati internazionali sui diritti umani assumono una connotazione specifica se si fa riferimento agli ambiti di tutela regionale. A differenza delle carte di carattere universale, quelle regionali possono contare su organismi politici e soprattutto giurisdizionali per assicurare un migliore rispetto dei diritti fondamentali in esse contenute, offrendo maggiori garanzie di protezione ai singoli individui.

Fino ai primi anni settanta si registrava l'esistenza della sola Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), adottata nel 1951 ed entrata in vigore nel 1953. Nel 1969, l'Organizzazione degli Stati americani (OAS) portava a compimento l'elaborazione della 'Convenzione americana dei diritti umani' – detta anche Patto di San Josè – che, sulla falsariga del meccanismo europeo, prevede l'istituzione della Corte interamericana la quale inizia ad operare solo nel 1978[141]. Nel 1986 entra invece in vigore il terzo trattato regionale, la 'Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli'[142] che, fino al 2004, si avvaleva soltanto di una commissione

[141] Deve però trascorre un decennio prima che la Corte interamericana pronunci la sua prima decisione in sede di contenzioso tra Stato e Commissione interamericana. In questo periodo la Corte si è limitata all'emanazione di pareri consultivi di cui ha ampio potere insieme a quello giurisdizionale di risoluzione di controversie in forza dell'art. 64 della Convenzione che nello specifico dispone: "1. Gli Stati membri dell'Organizzazione possono consultare la Corte circa l'interpretazione della presente Convenzione o di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati americani. Nell'ambito delle loro rispettive competenze, anche gli organi di cui al Capitolo X della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, come emendata dal Protocollo di Buenos Aires, possono allo stesso modo consultare la Corte; 2. La Corte, su richiesta di uno Stato dell'Organizzazione, può fornire a tale Stato pareri relativi alla compatibilità di qualunque sua legge nazionale con gli strumenti internazionali citati al paragrafo precedente.

[142] La Carta viene approvata nel 1981dall'Organizzazione dell'Unità africana (OUA). I diritti umani che essa riconosce sono non solo civili e politici ma anche economici e sociali. È la prima convenzione

competente ad interpretare la Carta oltre che a formulare raccomandazioni agli Stati, previa osservazione, analisi e studio delle diverse situazioni. Il 25 gennaio 2004 nasce il protocollo aggiuntivo alla Carta africana[143] con il quale si istituisce la Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli; questa assume il ruolo tipico dei tribunali internazionali e, in particolare, della Corte europea e interamericana, emettendo sentenze vincolanti per gli Stati in giudizio. La sua giurisprudenza non offre tuttavia ancora spunti significativi per valutarne la portata in considerazione della sua recente origine.

I sistemi regionali di protezione dei diritti umani europeo e interamericano, col tempo, hanno dimostrato di produrre effetti positivi soprattutto in chiave di *enforcement*, diventando un riferimento importante per i cittadini degli Stati membri che hanno accettato la giurisdizione delle Corti preposte[144]. I motivi di questo successo si rifanno ad aspetti soprattutto sociali e culturali. Thomas Buergenthal aveva già intuito, poco dopo l'insediamento della Corte interamericana, che "l'omogeneità politica e culturale sono i prerequisiti fondamentali affinché un sistema di protezione dei diritti umani sia efficace, e questi sono più facilmente riscontrabili in ambito regionale. Altri prerequisiti sono un adeguato sistema giuridico così come la condivisione di tradizioni giuridiche e istituzionali. Di nuovo, gruppi regionali di Stati hanno più possibilità di soddisfare tali requisiti rispetto ai sistemi aperti all'intera comunità internazionale"[145].

Le due organizzazioni sono simili sotto diversi aspetti anche perché quella interamericana è stata concepita sulla scorta del sistema europeo. Si possono tuttavia evidenziare differenze non trascurabili legate sia a questioni storico-culturali, che condizionano le scelte politiche e giudiziarie degli organi regionali, sia a fattori più organizzativi, di natura procedurale.

---

internazionale sui diritti umani che riconosce i diritti dei popoli, ovvero il diritto all'uguaglianza di tutti i popoli, all'autodeterminazione, il diritto di proprietà delle proprie risorse naturali, allo sviluppo e ad un ambiente sano, ed è anche il primo strumento di diritto internazionale legalmente vincolante a collegare espressamente diritti e doveri.

[143] Tale protocollo attribuisce ai giudici della Corte africana un'ampia competenza in tema di rimedi, maggiori rapportati a quella della Corte interamericana. Di conseguenza ci si aspetta che la giurisprudenza africana adotterà un approccio ad ampio raggio, evitando di limitarsi ai risarcimenti pecuniari.

[144] L'attività della Corte interamerica in venti anni si è fatta molto intensa mentre quella della Corte europea ormai ha raggiunto dei livelli insostenibili visti i numerosissimi ricorsi che le vengono presentati. Cause di questo ineguagliabile successo sono sia la riforma della Convenzione avvenuta col Protocollo n. 11 dell'1 novembre del 1998, che ha istituito il ricorso diretto alla Corte, sia l'allargamento ai paesi dell'Est che, con la caduta dei regimi comunisti, hanno aderito al Consiglio d'Europa.

[145] T. Buergenthal, *The american and european conventions on human rights: similarities and differences*, in Am. U. L. Rev., vol. 30 del 1980-1981, pag.156.

Dopo un rapido *excursus* sulle caratteristiche proprie dei due sistemi, si vogliono qui analizzare i tratti distintivi concernenti l'effettività delle decisioni delle Corti europea e interamericana attraverso la disciplina dei rimedi. In particolare, questo capitolo esaminerà le disposizioni convenzionali e, più in generale, i profili istituzionali che consentono agli organi regionali di interferire negli ordinamenti interni con l'obiettivo di raggiungere uno standard comune di protezione dei diritti umani.

Nel capitolo successivo si entrerà nel merito della prassi delle due corti per evidenziare, in una prospettiva diacronica, l'interpretazione data a tali disposizioni, sottolineando così il cambiamento di impostazione causato dalle situazioni contingenti.

2.2 Il sistema europeo: nascita, struttura ed evoluzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) è nata nel 1950 per volontà del Consiglio d'Europa[146], istituito sulle ceneri del secondo conflitto mondiale, con lo scopo di migliorare le condizioni sociali, politiche e culturali dell'Europa attraverso la promozione dei diritti umani e del rispetto dei principi dello stato di diritto[147]. Un progetto rivoluzionario che prevedeva un organo con piena competenza giurisdizionale, come la Corte europea, che potesse condannare ordinamenti autonomi e sovrani per violazioni ai danni di singoli cittadini sulla base di ricorsi interstatali o individuali[148]. Nel panorama internazionale non esisteva ancora nulla del genere; gli unici meccanismi

[146] Il Consiglio d'Europa ha inaugurato i suoi lavori nel 1949 grazie alla volontà di alcuni gruppi non governativi che hanno dato vita al Comitato internazionale del Movimento per un'Europa unita. Questo si è impegnato ad organizzare vari incontri con uomini politici di spicco e rappresentanti della società civile, includendo accademici, economisti, imprenditori, sindacati e uomini religiosi. Con il Congresso d'Europa, svoltosi dal 7 al 10 maggio del 1948, si è deciso per l'istituzione di un Consiglio d'Europa che facesse in modo di superare le divisioni tra gli Stati attraverso la redazione di una carta sui diritti umani, una Corte atta a vigilare il loro rispetto e un'Assemblea parlamentare che rappresentasse le istanze nazionali.

[147] Oggi il Consiglio d'Europa è composto da ben 47 membri tutti soggetti alla giurisdizione della Corte europea. L'allargamento ad Est, insieme all'introduzione del ricorso diretto, hanno accresciuto il successo del sistema ma, allo stesso tempo, ha creato dei problemi funzionali di efficienza per cui oggi si discutono vari meccanismi atti a fronteggiare i nuovi problemi.

[148] Come si dirà più diffusamente nel prosieguo, all'epoca i ricorsi individuali venivano filtrati dalla Commissione che decideva insieme al Comitato dei ministri se fosse il caso di farli pervenire alla Corte.V. *infra* §2.2.1.

di controllo sul rispetto dei diritti umani erano fino ad allora di natura essenzialmente politica[149].

Il testo della Convenzione ha subito negli anni importanti modifiche sia in relazione al contenuto dei diritti e delle libertà in essa contemplate, sia per quanto riguarda l'organizzazione delle funzioni dei suoi organi. In relazione al primo punto si possono segnalare alcuni protocolli addizionali che hanno aggiunto ai diritti del Titolo I della Cedu altre libertà fondamentali come, ad esempio, la protezione della proprietà, il diritto all'istruzione e il diritto alle libere elezioni del Protocollo n. 1 stipulato nel 1952[150]. Per quanto riguarda invece le modifiche organizzative, l'approvazione del Protocollo n. 11, entrato in vigore l'1 novembre del 1998, ha stravolto l'intero sistema introducendo il ricorso diretto alla Corte e altre varie modifiche fondamentali.

Nel 1950 il progetto del Consiglio d'Europa era parso così innovativo che aveva indotto gli Stati a introdurre una clausola opzionale nella Cedu che permettesse loro di aderire alla Convenzione senza accettare automaticamente la giurisdizione della Corte di Strasburgo[151]. Dal 2000, invece, ciò non è più possibile tant'è che i nuovi paesi intenzionati ad aderire al Consiglio sono soggetti all'intervento della Corte Europea. Ancora più rilevante risulta la modifica inerente l'accesso al sistema dove non è più prevista l'intermediazione dell'organo politico della Commissione europea che faceva da filtro ai ricorsi individuali. Prima di procedere con l'analisi dell'attuale sistema Cedu appare opportuno soffermarsi brevemente sul funzionamento della Convenzione nel periodo pre-riforma.

2.2.1 Il sistema Cedu prima del Protocollo n.11

Nel sistema originario della Convenzione vi era la collaborazione di tre organi: la Commissione, la Corte e il Comitato dei ministri europeo. Con la riforma del 1998 il

[149] Sul punto si rimanda al cap. 1, § 1.3.
[150] Al Protocollo n. 1 ne sono seguiti molti altri. Ad es. il 4°entrato in vigore nel 1963, per garantire essenzialmente il diritto di circolazione, il 6°, del 1983,che abolisce la pena capitale ad eccezione dei casi in cui si è in guerra, disposizione questa abolita successivamente con il Protocollo n. 13 del 2002, il 7°, approvato nel 1984, sulla protezione di alcune garanzie giudiziarie, fino al 12° del 2000 sul divieto di discriminazione.
[151] L'Italia ad es. nonostante avesse ratificato la Cedu nel 1955 ha accettato la giurisdizione della Corte solo dal 1973.

primo è stato soppresso in quanto la sua attività di filtro non aveva più ragion d'essere a causa dell'introduzione dei ricorsi individuali diretti. Poiché i cambiamenti sostanziali hanno riguardato il funzionamento della Cedu in relazione al ruolo svolto dalla Commissione, oggetto di questo paragrafo è il suo funzionamento in rapporto con quello della Corte e del Comitato.

In base agli articoli dal 20 al 23 del vecchio testo convenzionale, la Commissione era composta da un numero di membri pari al numero degli Stati aderenti alla Cedu; i commissari venivano nominati dal Comitato dei ministri sulla base di una lista proposta dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa ed erano eletti con un mandato di sei anni, con la possibilità di una rielezione in qualità di persone indipendenti non rappresentative degli interessi degli Stati di appartenenza. Di conseguenza non era permesso avere più di due membri dello stesso paese.

Tutti i ricorsi, statali e interstatali, pervenivano alla Commissione che decideva della loro ammissibilità e, se dichiarati ricevibili, cercava di ottenere una constatazione amichevole fra le parti. In caso contrario, essa entrava nel merito della questione esponendo i fatti ed esprimendo il proprio giudizio sull'eventuale violazione Cedu avanzata dal ricorrente. Tale parere, di natura giuridica ma non vincolante, veniva trasmesso al Comitato dei ministri che, anche sulla base di quanto sostenuto dalla Commissione, decideva di condannare o meno lo Stato. Vi era comunque la possibilità di deferire il caso alla Corte; un potere questo che spettava esclusivamente alla Commissione e allo Stato coinvolto entro tre mesi dalla comunicazione del rapporto al Comitato. Si decideva in tal senso qualora la Commissione riteneva fondata l'esistenza di serie e nuove questioni in diritto o in fatto o, ancora, nel caso gli Stati preferivano ricevere, soprattutto nei ricorsi interstatali, il giudizio di un organo giurisdizionale.

Anche i cittadini di quei paesi che avevano ratificato il Protocollo opzionale n. 9[152] potevano tuttavia richiedere che il proprio caso venisse deciso dalla Corte e non dal Comitato dei ministri. In quest'ultima ipotesi, la Corte emanava la propria sentenza; al contrario, il caso veniva chiuso dal Comitato con una risoluzione. In entrambe le circostanze, il Comitato dei ministri assolveva il compito di controllare l'esecuzione della decisione, responsabilità ad oggi ancora in capo a tale organo.

[152] Il Protocollo n. 9 è stato approvato nel 1990 ed è entrato in vigore nel 1994.

Così impostato, il sistema Cedu presentava giuridicamente dei problemi soprattutto in ordine all'imparzialità e alla trasparenza delle decisioni. Nella maggior parte di casi, infatti, le controversie venivano risolte dal Comitato dei ministri a porte chiuse e con la partecipazione attiva del rappresentate del paese accusato col rischio di essere giudice di se stesso[153]. Per di più, il giudizio proveniva da un organo politico con un'evidente disparità di trattamento tra gli Stati e gli individui, i quali non avevano la possibilità di adire la Corte direttamente.

Agli inizi degli anni ottanta, è maturato il convincimento che una riforma che affinasse il sistema per garantire migliori standard di tutela dei diritti Cedu fosse necessaria. Nel 1993, il Comitato, dopo diverse proposte avanzate dai governi, ha raggiunto l'accordo politico con cui è stata istituita una singola Corte per decidere direttamente dei ricorsi[154]. Ad un ampliamento così significativo di competenze della Corte ha corrisposto la previsione di una norma che bilanciasse, in qualche modo, tali poteri: il numero dei componenti della Corte doveva rimanere uguale a quello degli Stati aderenti alla Convenzione con la certezza che il paese accusato avesse un proprio rappresentante nella sezione che giudicava il caso[155].

2.2.2 L'attuale assetto convenzionale

La riforma avviata col Protocollo n. 11 ha dato un volto nuovo alla Cedu, rendendo tale sistema più vicino agli standard giuridici degli ordinamenti nazionali. L'apertura ai ricorsi individuali diretti, prodotta dall'abolizione del meccanismo di filtro, e la piena competenza giurisdizionale della Corte a valutare le domande in tutte le fasi procedurali rappresentano la chiave di volta che ha permesso alla Cedu di distaccarsi dal modello dei sistemi internazionali trasformandosi, invece, in un organismo sovranazionale con ampie influenze sugli Stati.

---

[153] Si esprime così A. Bultrini, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Cenni introduttivi*, in B. Nascimbene (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2002, pag. 21.

[154] Nell'arco di un decennio erano state avanzate varie proposte tra cui quella svizzera di istituire due gradi di giudizio, il primo in capo alla Commissione, le cui decisioni divenivano vincolanti, il secondo in capo alla Corte, che avrebbe funzionato come giudice di appello.

[155] Come si dirà in seguito, questa rappresenta una differenza sostanziale rispetto al sistema convenzionale interamericano in cui i giudici sono appena 7 su un totale di 21 paesi aderenti.

Con il ricorso diretto si è fatta strada l'idea, nell'opinione pubblica, dell'esistenza di una valida seconda *chance* al di fuori delle mura domestiche per ottenere 'giustizia' a una lesione subita; conseguentemente, ciò ha accresciuto la fiducia riposta nei giudici europei, legittimando questi ultimi a prendere decisioni che non deludano le aspettative dei singoli. Vero è che il principio di sussidiarietà che contraddistingue la Cedu rimane un principio ben saldo, almeno da un punto di vista formale; questo non impedisce tuttavia ai privati cittadini di tentare un'altra via, qualora ritengano di non essere sufficientemente protetti dalle proprie autorità.

Tralasciando per ora le considerazioni che possono svolgersi in relazione ai cambiamenti sostanziali della Cedu[156], si vogliono in questa sede esaminare i criteri organizzativi, funzionali e procedurali che spiegano il meccanismo di funzionamento della Convenzione europea.

La Corte è composta da un numero di giudici pari a quello dei paesi aderenti alla Cedu; sono nominati a maggioranza dall'Assemblea parlamentare sulla base di una lista di tre candidati proposta da ciascuno Stato membro[157]. Per esercitare la carica di giudice europeo essi "devono godere della più alta considerazione morale e possedere i requisiti richiesti per l'esercizio delle più alte funzioni giudiziarie, o essere dei giurisconsulti di riconosciuta competenza"[158]. Inoltre "per tutta la durata del loro mandato, i giudici non possono esercitare alcuna attività incompatibile con le esigenze di indipendenza, di imparzialità o di disponibilità richieste da una attività esercitata a tempo pieno"[159]. La durata del mandato è di sei anni con la possibilità di essere rieletti fino al compimento del settantesimo anno, raggiunto il quale si decade dalla carica[160].

---

[156] Nella seconda parte del cap. 4 si apriranno una serie di riflessioni riguardo alla connotazione odierna della Cedu in ordine alla legittimazione dei giudici, al loro rapporto stretto con quelli nazionali e coi Parlamenti, e più in generale sugli equilibri del sistema costituzionale, traendo le conclusioni da quanto detto nell'intero lavoro grazie all'applicazione della disciplina dei rimedi a livello europeo.

[157] Art. 22 della Cedu: "1. I giudici sono eletti dall'Assemblea parlamentare a titolo di ciascuna Alta Parte Contraente, a maggioranza dei voti espressi, su una lista di tre candidati presentata dall'Alta Parte Contraente. 2. La stessa procedura è seguita per completare la Corte nel caso in cui altre Alti Parti Contraenti aderiscano e per provvedere ai seggi divenuti vacanti".

[158] V. §1 dell'art. 21 della Cedu.

[159] *Ibidem*, §3.

[160] Art. 23 della Cedu che oltre a quanto riferito nel testo regola nello specifico la possibilità di rielezione dei giudici e le loro sostituzioni . Esso infatti nel testo integrale dispone che: 1.I giudici sono eletti per un periodo di sei anni. Essi sono rieleggibili. Tuttavia, per quanto concerne i giudici designati alla prima elezione, i mandati di una metà di essi scadranno al termine di tre anni. 2. I giudici il cui mandato scade al termine dei periodo iniziale di tre anni sono estratti a sorte dal Segretario Generale del Consiglio d'Europa, immediatamente dopo la loro elezione. 3. Al fine di assicurare, nella misura del possibile, il

Il *plenum* della Corte, qualora lo ritenga necessario, può revocare un giudice a maggioranza dei due terzi[161]. Tale regola non è stata pienamente condivisa dalla stessa Corte, in parte propensa ad evitare la sua reale applicazione. Questa posizione si fa imbarazzante nell'eventualità di un'espulsione di un giudice, portando il collegio a richiederne il coinvolgimento nella fase della rielezione dei componenti attraverso pareri consultivi ma non obbligatori. Poiché nella maggior parte dei casi essi vengono rieletti, sarebbe opportuno che la stessa Corte potesse porre una sorta di veto qualora l'inadeguatezza di alcuni sia manifesta. La questione, nonostante le diverse pressioni della Corte, è ancora aperta e ad oggi non si prevedono cambiamenti[162].

La struttura della Corte si articola in cinque sezioni, al cui interno vi sono Camere e Comitati composte rispettivamente da sette e tre giudici i quali decidono la gran parte dei ricorsi. Più in particolare, i Comitati hanno il compito di rigettare i ricorsi palesemente irricevibili all'unanimità; le Camere invece discutono sull'ammissibilità delle petizioni trasmesse dal Comitato e, nel caso, decidono nel merito. Qualora tra le stesse sezioni si manifestino divergenze relative alle conclusioni cui le Camere sono giunte, sia perché il caso sottoposto appare giuridicamente rilevante, sia perchè si teme che abbia ripercussioni significative sul diritto interno agli Stati, i giudici delle sezioni, entro tre mesi dalla pubblicazione della sentenza, possono ricorre alla Grande Camera, i cui diciassette giudici si esprimeranno definitivamente sul caso.

Per assicurare una composizione rappresentativa dell'intera Corte, sono previste due formazioni della Grande Camera che si alternano nell'esame dei ricorsi

---

rinnovo dei mandati di una metà dei giudici ogni tre anni, l'Assemblea parlamentare puó, prima di procedere ad ogni ulteriore elezione, decidere che uno o più mandati dei giudici da eleggere abbiano una durata diversa da quella di sei anni, senza tuttavia che questa durata possa eccedere nove anni o essere inferiore a tre anni. 4. Nel caso in cui si debbano conferire più mandati e l'Assemblea parlamentare applichi il paragrafo precedente, la ripartizione dei mandati avviene mediante estrazione a sorte effettuata dal Segretario generale del Consiglio d'Europa immediatamente dopo l'elezione. 5. Il giudice eletto in sostituzione di un giudice che non abbia completato il periodo delle sue funzioni, rimane in carica fino alla scadenza del periodo di mandato del suo predecessore. 6. Il mandato dei giudici termina quando essi raggiungono l'età di 70 anni. 7.I giudici restano in funzione fino a che i loro posti non siano ricoperti. Tuttavia essi continuano a trattare le cause di cui sono già stati investiti".

[161] Art. 24 della Cedu che specificamente stabilisce: "Un giudice può essere sollevato dalle sue funzioni solo se gli altri giudici decidono, a maggioranza dei due terzi, che ha cessato di rispondere ai requisiti richiesti".

[162] Si ricorda ad es. il discorso dell'ex Presidente della Corte Luzius Wildhaber del 2000 alla Conferenza ministeriale sui diritti umani in cui egli insite sul punto. Parte del discorso può reperirsi in A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human rights*, Oxford, 2006, pag.18.

sottoposti[163]. Particolarmente rilevante risulta la regola secondo la quale è assicurata la presenza del giudice cittadino dello Stato accusato[164]; essa, come detto, rappresenta il compromesso per aver eliminato il filtro della Commissione. Nonostante i giudici siedono alla Corte a titolo individuale[165], essi garantiscono il raggiungimento di una risoluzione obiettiva perchè esperti conoscitori del sistema giuridico e delle condizioni sociali ed economiche del proprio paese. È una norma che, a parere di chi scrive, si giustifica alla luce dei principi ispiratori della Cedu; lo scopo della Convenzione europea non è quello di sostituirsi alle Carte costituzionali dei singoli Stati contraenti in tema di tutela dei diritti fondamentali, bensì quello di assicurarne un 'minimo standard' di protezione, intendendo questo come l'equivalente delle condizioni basilari necessarie per il corretto funzionamento di uno stato democratico. Come si legge nel Preambolo, l'intento è realizzare un'unione più stretta tra "*quei* popoli animati da uno 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[166]. Tuttavia, come si avrà modo di spiegare più diffusamente in seguito, tale principio inizia a vacillare a causa dell'elaborazione di una disciplina dei rimedi che si discosta di criteri fissati a livello internazionale.

Entrando nel merito della procedura, i ricorsi possono essere interstatali o individuali. I primi possono essere presentati da tutti i paesi aderenti alla Convenzione qualora ritengono che un altro Stato si comporti contrariamente a quanto la Cedu dispone[167]. Tali ricorsi sono rari in quanto i rapporti politici ed economici intercorrenti tra gli Stati li scoraggiano a mettersi l'uno contro l'altro con la procedura di

[163] L'art. 27 della Cedu disciplina nel dettaglio l'organizzazione della Corte stabilendo che: "1. Per la trattazione di ogni caso che le viene sottoposto, la Corte si costituisce in un comitato di tre giudici, in una Camera composta da sette giudici ed in una Grande Camera di diciassette giudici. Le Camere della Corte istituiscono i comitati per un periodo determinato. 2. Il giudice eletto a titolo di uno Stato parte alla controversia è membro di diritto della Camera e della Grande Camera; in caso di assenza di questo giudice, o se egli non è in grado di svolgere la sua funzione, lo Stato parte nomina una persona che siede in qualità di giudice. 3. Fanno altresì parte della Grande Camera il presidente dalla Corte, i vice-presidenti, i presidenti delle Camere e altri giudici designati in conformità con il regolamento della Corte, Se la controversia è deferita alla Grande Camera ai sensi dell'articolo 43, nessun giudice della Camera che ha pronunciato la sentenza può essere presente nella grande Camera, ad eccezione del presidente della Camera e del giudice che siede a titolo dello Stato parte interessato".

[164] *Ibidem*, nello specifico v. §2.

[165] V. §2 dell'art. 21 della Cedu.

[166] Corsivo nostro.

[167] L'art. 33 della Cedu dispone che: "Ogni Alta Parte Contraente può deferire alla Corte ogni inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli che essa ritenga possa essere imputata ad un'altra Alta Parte Contraente".

accertamento della responsabilità internazionale; in cinquant'anni di attività della Corte i ricorsi interstatali presentati sono stati, infatti, soltanto due in relazione a vicende alquanto serie[168]. Al contrario, i ricorsi individuali sono numerosi e possono essere presentati da ogni singolo, gruppo di individui o associazioni non governative che si ritengono vittime di una violazione dei diritti garantiti dalla Cedu[169]. La procedura prevede semplicemente l'invio di un format prestampato alla Cancelleria della Corte, che può essere compilato o dalla stessa vittima o dal suo rappresentante legale. Diversamente da quanto disposto nel sistema interamericano[170], in quello europeo non è previsto l'istituto dell'*actio popularis,* in quanto requisito fondamentale per proporre ricorso è la qualità di 'vittima' diretta della violazione. È bene segnalare tuttavia che molti ricorsi sono stati accettati dalla Corte anche se presentati dai parenti delle vittime qualora queste siano decedute. In tal caso, è necessario comunque dimostrare di aver subito, seppur indirettamente, conseguenze dalla lesione[171].

Affinché i ricorsi individuali possano essere esaminati nel merito, questi devono rispettare alcuni criteri di ricevibilità così come stabilisce l'art. 35 della Cedu[172]. Innanzitutto, secondo la logica sussidiaria del sistema europeo, bisogna dimostrare di aver esperito tutte le vie interne[173]. Gli Stati membri infatti sono quelli su cui ricade la

[168] Caso Irlanda c. Regno Unito del 10 gennaio 1978; caso Cipro c. Turchia del 10 gennaio 2001.
[169] L'art. 34 della Cedu stabilisce che: "La Corte può essere investita di un ricorso fatto pervenire da ogni persona fisica, ogni organizzazione non governativa o gruppo di privati che pretenda d'essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli. Le Alte Parti Contraenti si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'effettivo esercizio efficace di tale diritto".
[170] V. *infra* § 2.3.
[171] Tra i tanti casi che si possono citare v. ad es. Karner c. Austria del 24 luglio 2003; caso McCann e altri c. Regno Unito del 27 settembre 1995.
[172] In particolare l'art. 35 della Cedu dispone: "1. La Corte non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne, qual è inteso secondo i principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti ed entro un periodo di sei mesi a partire dalla data della decisione interna definitiva. 2. La Corte non accoglie nessun ricorso avanzato sulla base dell'articolo 34, se: a. è anonimo; oppure b. è essenzialmente identico ad uno precedentemente esaminato dalla Corte o già sottoposto ad un'altra istanza internazionale d'inchiesta o di regolamentazione e non contiene fatti nuovi. 3. La Corte dichiara irricevibile ogni ricorso avanzato in base all'articolo 34 quand'essa giudichi tale ricorso incompatibile con le disposizioni della Convenzione o dei suoi protocolli, manifestamente infondato o abusivo. 4. La Corte respinge ogni ricorso che consideri irricevibile in applicazione dei presente articolo. Essa può procedere in tal modo in ogni fase della procedura".
[173] Per approfondimenti sul funzionamento di tale regola v. R. Pisillo Mazzeschi, *Art. 35, condizioni di ricevibilità*, in S. Bartole, B. Conforti., G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 579-602; dello stesso A. v. *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

responsabilità primaria per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali; soltanto se essi risultano inadeguati, si può ricorrere a Strasburgo.

Tale idea, pur essendo pienamente in linea coi principi classici del diritto internazionale elaborati in difesa degli interessi statali, col tempo ha assunto una connotazione diversa. Rispetto alla protezione dei diritti umani, questa regola impedisce di prevenirne la violazione in quanto la Corte europea può intervenire solo successivamente. Nel momento in cui è acclarato che l'ordinamento interno non sarà in grado di dare risposte soddisfacenti sulla tutela di un determinato diritto, per deficit strutturali o perché nella giurisprudenza nazionale sussistano principi che non permettono il rispetto interno di alcune disposizioni della Cedu, la Corte accetta il ricorso seppure non siano stati esperiti tutti i gradi di giudizio interni. È quanto è capitato in Italia per il risarcimento danni conseguenti l'irragionevole durata dei processi o per la lunghezza della custodia cautelare[174]; la Corte europea ha ritenuto ricevibili alcuni di questi ricorsi senza il previo esame della Cassazione italiana. Ciò denota una grande trasformazione del principio di sussidiarietà che presta il fianco a un mutamento generale delle natura della Corte, certamente ormai non considerata come giudice internazionale *tout court*.

Gli ulteriori requisiti di ricevibilità, oltre al rispetto del termine di sei mesi dalla data della pubblicazione della sentenza definitiva interna[175] - strettamente connessa alla regola dell'esperimento delle vie interne – sono legati ai classici criteri internazionali *rationae personae*, *temporis*, *loci*, *materiae*. I ricorsi infatti non possono essere anonimi; non possono avere ad oggetto materie che esulano dal campo di applicazione della Cedu; non devono avere un carattere 'abusivo', ovvero sia non devono essere strumentale per il raggiungimento di altri fini; non devono essere già stati esaminati dalla stessa Corte o da altri organismi internazionali; infine i fatti lamentati devono essere accaduti dopo la ratifica della Convenzione da parte dello Stato accusato.

[174] Caso Sardinas Albo c. Italia del 17 febbraio 2005. In questo caso la Corte europea ha respinto le eccezioni del governo italiano sul mancato esaurimento delle vie interne in quanto la Cassazione italiana aveva dichiarato in molti casi che il § 3 dell'art. 5 della Cedu rappresentava solo una norma programmatica, non direttamente applicabile in Italia.

[175] Questa regola una regola varia a seconda dell'ordinamento interno di riferimento. In Italia ad es. per i procedimenti penali la data decorre dal giorno del deposito della sentenza e non dalla pubblicazione della motivazione. Per ulteriori approfondimenti sul tema v. A. Bultrini, *Il meccanismo di protezione dei diritti fondamentali istituito dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* cit., pp. 14-18.

Superato lo scoglio della ricevibilità, il ricorso viene valutato nel merito attraverso udienze pubbliche e private in cui vengono ascoltate le parti. In un primo momento, la Corte tenta di far raggiungere una constatazione amichevole tra queste, diversamente prosegue col giudizio esprimendo una sentenza che diventa definitiva se entro tre mesi la stessa Corte o le parti non richiedano l'esame del caso alla Grande Camera. A questo punto, se lo Stato venisse condannato è obbligato a conformarsi al contenuto della decisione con l'ausilio del Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione[176].

2.2.3 Lo scenario futuro dopo il Protocollo n.14

Il 12 Maggio 2004, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha approvato, dopo più di tre anni di lavoro, il testo del Protocollo 14 che, se sarà ratificato da tutti gli Stati membri, apporterà sostanziali modifiche al Titolo II della Cedu[177]. Obiettivo della riforma è la creazione di nuovi meccanismi per far fronte alla continua crescita dei ricorsi individuali dinanzi alla Corte di Strasburgo[178].

Dall'anno dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, si è registrato un notevole incremento delle istanze che continua ad aumentare col passare del tempo, con il conseguente rischio di una contestuale crescita dei ricorsi pendenti. Soltanto nel 2007 i ricorsi presentati sono stati quasi 42.000, il 6% in più rispetto all'anno precedente, e la Corte ha deciso su poco più della metà lasciando crescere del 19% il numero dei casi irrisolti[179]. Il motivo di tale cospicuo aumento di domande non è dovuto soltanto all'adesione di nuovi Stati alla Convenzione ma risiede anche nella fiducia che i cittadini dei vecchi Paesi membri ripongono in questo organo giurisdizionale. Da ciò

[176] Tale fase sarà oggetto specifico del § 2.4.1.

[177] A quasi quattro anni dalla sua approvazione il Protocollo non è entrato ancora in vigore a causa della mancata ratifica da parte della Russia.

[178] Non esiste ancora in letteratura una nutrita bibliografia sull'argomento. Si segnalano qui alcuni riferimenti tra cui S. Greer, *Protocollo 14 and the Future of the European Court of Human Rights*, in Public law, Spring 2005, pp.83-101; M.A. Beernaert, *Protocol 14 and new Strasbourg procedures: towards greater efficiency? And at what price?*, in E.H.R.L.R., vol. 5, 2004, pp. 544-557; P. Leach, *Taking a case to the European Court of human rights*, 2nd ed., Oxford, 2005, pp. 8-11; A. Mowbray, *Cases and materials on the European Convention on Human rights*, cit., pp. 48-57;

[179] Dati pubblicati sulla relazione annuale della Corte del 2007 consultabile sul sito: http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+surveys+of+activity/.

risulta chiaro come il problema sia reale e urgente: senza un congruo miglioramento del sistema, la protezione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione e anche la credibilità e l'autorità della stessa Corte potrebbero essere seriamente compromesse[180].

Sono due i punti cardine su cui si snoda la riforma: la creazione di un nuovo meccanismo di filtro e l'esecuzione della Convenzione a livello nazionale. Rimandando la trattazione di quest'ultimo aspetto più avanti[181], si intende qui approfondire il primo punto in quanto maggiormente rispondente al tema dell'organizzazione e delle funzioni della Corte.

È fuor di dubbio che un correttivo all'attuale procedura utilizzata per la selezione dei casi si rende ormai necessario: sebbene quasi il 90% del totale dei ricorsi presentati sia dichiarato inammissibile, le tecniche finora adottate non permettono un rapido scarto delle questioni palesemente irricevibili. Le disposizioni previste per rafforzare la capacità di filtro della Corte sono il nuovo testo dell'art. 27 della Cedu che istituisce il giudice unico[182] e la modifica all'art. 28 che introduce la lettera b) al § 1, il quale attribuisce una nuova competenza alla commissione dei tre giudici per i casi cosiddetti 'ripetitivi'[183]. Riguardo alla prima di tali previsioni, un singolo giudice, che non può appartenere allo Stato membro contro cui si presenta il ricorso, ha la possibilità di dichiararne l'inammissibilità quando risulta palese la mancanza dei presupposti previsti dall'art. 34 della Cedu per procedere a un giudizio di merito. La decisione è definitiva e l'attività del giudice può essere coadiuvata da un assistente della Cancelleria[184] (art. 24, par. 2 del nuovo testo della Cedu). Il giudice unico inoltrerà il

[180] Una posizione questa ribadita anche nel Rapporto esplicativo che accompagna il testo del nuovo Protocollo.

[181] Sulla modifica del testo convenzionale inerente al tema dell'esecuzione delle sentenze v. *infra* § 2.4.1.

[182] L'art. 7 del Protocollo 14 esplicitamente prevede che: "After the new Article 26, a new Article 27 shall be inserted into the Convention, which shall read as follows: "Article 27 – Competence of single judges 1. A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court's list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination. 2. The decision shall be final. 3. If the single judge does not declare an application inadmissible or strike it out, that judge shall forward it to a committee or to a Chamber for further examination."

[183] L'art. 8 del Protocollo 14 precisa che: "Article 28 of the Convention shall be amended to read as follows: Competence of committees 1. In respect of an application submitted under Article 34, a committee may, by a unanimous vote, a. declare it inadmissible or strike it out of its list of cases, where such decision can be taken without further examination; or b. declare it admissible and render at the same time a judgment on the merits, if the underlying question in the case, concerning the interpretation or the application of the Convention or the Protocols thereto, is already the subject of well-established case-law of the Court".

[184]Così dispone il nuovo § 2 dell'art. 24, modificato dall'art. 4 del Protocollo 14 che nel testo originale stabilisce che: "Article 25 of the Convention shall become Article 24 and its text shall be amended to read

ricorso alla commissione o alla Camera per un successivo esame qualora non lo ritenesse inammissibile. Il nuovo testo dell'art. 28, che lascia invariate gli altri comma attualmente previsti, permette alla commissione dei tre giudici di dichiarare, all'unanimità, l'istanza ammissibile decidendo nel merito con un procedimento sommario se vi è giurisprudenza consolidata applicabile al ricorso. Anche in questo caso la decisione è definitiva.

Un'attenta lettura di queste modifiche dà adito a non poche perplessità. Tra le due, quella del giudice unico pone maggiori problemi. In primo luogo, la sua figura non assume contorni determinati anche se appare certo che egli non può essere definito giudice della 'ricevibilità' poiché questa sarà esaminata dalla sezione a tre o a cinque giudici. In secondo luogo, non sembra né accertabile, né tanto meno quantificabile la diminuzione dei casi pendenti. Se da un lato, così come riferisce il Rapporto esplicativo, tutti i giudici, impegnati ognuno con il proprio ricorso, potranno operare simultaneamente, dall'altro non si deve trascurare la possibile esistenza di elementi oggettivi e soggettivi che condizionerebbero la durata della decisione – quali ad esempio la complessità del caso, la facoltà di avvalersi dell'aiuto dell'assistente o la stessa abilità del giudice. Infine ci si chiede, qualora il ricorso sia dichiarato 'non inammissibile', se il giudice unico possa far parte della commissione o della Camera a cui sarà inoltrato successivamente. Se si risponde negativamente a tale quesito, si potrebbe facilmente ritenere che si otterrà poco beneficio in termini di efficienza: la decisione del giudice unico indirizzerà innegabilmente quella di uno dei due organi collegiali ma la sua certa presenza renderebbe più spedita l'analisi del caso già comunque accuratamente studiato.

Non esente da critiche è anche la procedura sommaria prevista per i casi ripetitivi: l'incertezza maggiore consiste proprio nell'interpretazione del concetto di *well established case law*. A questo proposito emergono vari quesiti che rimarranno irrisolti fino a quando il Protocollo non solo non entrarà in vigore ma avrà avuto il tempo di trovare un consolidamento nella prassi. Più in particolare, ci si domanda

---

as follows: Article 24 – Registry and rapporteurs 1. The Court shall have a registry, the functions and organisation of which shall be laid down in the rules of the Court. 2. When sitting in a single-judge formation, the Court shall be assisted by rapporteurs who shall function under the authority of the President of the Court. They shall form part of the Court's registry."

innanzitutto se dovranno considerarsi solamente le sentenze espresse nell'ambito delle sezioni in cui la controversia viene discussa o anche quelle emanate da tutte le altre Camere. In secondo luogo se tale giurisprudenza è quella sviluppata durante questi anni o se ci si deve riferire soltanto a quella che si formerà nei due anni di transizione previsti dopo l'entrata in vigore del Protocollo.

Ciò risulta ancora più rilevante nel coordinamento di tale disposizione con il nuovo criterio di ammissibilità previsto dall'art. 35, § 2, lett. b), il quale stabilisce che la Corte non può procedere all'analisi del caso se il ricorrente non ha subito un 'grave pregiudizio'. In linea con lo scopo della riforma, ovvero il potenziamento della capacità di filtro, questa previsione permetterebbe di fare un ulteriore *screening* dei ricorsi, considerando soltanto quelli più significativi[185]. Sebbene tale disposizione ha come obiettivo la riduzione del numero dei ricorsi da valutare nel merito, si dubita sulla sua reale efficacia almeno nel breve periodo; essa infatti non potrà essere applicata dalle commissioni e dalle Camere non prima dei due anni successivi alla ratifica del Protocollo, un limite di tempo previsto per permettere alla Corte in seduta plenaria o alle Camere di elaborare i principi ai quali rifarsi per una sua corretta attuazione. La concreta applicazione della procedura sommaria slitterebbe così a data da definirsi producendo l'effetto contrario poiché continuerebbero ad accumularsi casi pendenti.

A dire il vero, fino a quando l'intera riforma non entrerà in vigore, sarà difficile capire se si otterranno i risultati sperati; essa rappresenta comunque un tentativo per fronteggiare i problemi odierni del funzionamento della Cedu con una visibile tendenza a provocare un mutamento decisivo della natura della Corte europea. Il nuovo criterio di ricevibilità, infatti, permetterà a quest'ultima di dedicarsi a questioni di diritto maggiormente controverse, consentendole di fissare dei principi generali e trascurando al contempo le richieste specifiche espresse nei ricorsi individuali, maggiormente legate alle circostanze del caso concreto.

---

[185] L'art. 12 del Protocollo 14 afferma che: "Paragraph 3 of Article 35 of the Convention shall be amended to read as follows: 3. The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that: a. the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or b. the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal."

Un'ulteriore conferma di questa tendenza si ravvisa nell'esclusione del ricorso in appello se le istanze sono dichiarati inammissibili. Tale previsione, se da un lato rientra nel disegno di ridurre i tempi dell'esame dei ricorsi, dall'altro rischia di pregiudicare il diritto dei singoli a ottenere una 'corretta' valutazione del proprio caso, favorendo quindi una maggiore concentrazione della Corte su quelli più inclini a stabilire criteri che prescindono dal contesto.

2.3 L'organizzazione del sistema interamericano

Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani nasce e si sviluppa secondo direttrici del tutto differenti rispetto al suo corrispettivo europeo, assumendo una connotazione peculiare. Frutto di una serie di iniziative risalenti nel tempo[186], esso si contraddistingue per l'intrecciarsi di organismi che, facenti capo a distinte intese tra i paesi aderenti, agiscono secondo le competenze attribuite. Se, infatti, il sistema europeo si fonda sull'adesione dei paesi alla Convenzione dei diritti dell'uomo, al contrario quello interamericano è il risultato del coordinamento tra due principali strumenti, la Carta dell'Organizzazione americana degli Stati (d'ora in avanti OAS)[187], la cui prima

[186] Già alla fine dell'800 si diede forma a una primitiva organizzazione degli Stati indipendenti dell'America latina, perlopiù finalizzata allo scambio di informazioni commerciali, ma soltanto dopo gli anni quaranta prese il via quello che oggi conosciamo come OAS (Organizzazione degli Stati americani), con la funzione di garantire la pace e la sicurezza tra i paesi membri, disponendo di meccanismi di garanzia per la cooperazione e la risoluzione pacifica di dispute tra gli Stati.

[187] La Carta dell'OAS, alla stessa stregua della Carta dell'Onu, fa riferimento ai diritti umani come uno dei principi fondamentali dell'Organizzazione. A tal fine, in occasione della conferenza di Bogotà avvenuta tra il 30 marzo e il 2 maggio del 1948, si procedette alla stipulazione della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri delle persone. Essa tuttavia, analogamente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, non ha valore vincolante, né si aveva allora l'intenzione di incorporarla nella Carta, considerandola dunque un mero strumento dichiarativo da utilizzare come linea guida per lo sviluppo di un 'diritto americano'. Soltanto dal 1960, con il meeting di Santiago dei ministri degli esteri degli Stati dell'OAS, la Carta poté avvalersi dell'operato di un organo specifico per la promozione e il rispetto dei diritti umani, ovvero la Commissione interamericana. Il suo Statuto la definisce quale organo autonomo atto a tutelare i diritti fondamentali secondo gli standard stabiliti dalla Dichiarazione americana. Essa tuttavia viene designata come organo principale della Carta solo dopo la revisione di quest'ultima nel 1960, accrescendone in tal modo la sua valenza, anche su un piano formale. Oltre infatti alla promozione dell'osservanza e protezione dei diritti umani, la Commissione oggi svolge un ruolo consultivo dell'OAS su tali materie (art. 112 della Carta). Così come stabiliscono gli articoli 7 della Convenzione americana e l'art. 9 dello Statuto, tra le principali funzioni che la Commissione svolge nell'ambito della Carta vi sono la possibilità di formulare raccomandazioni agli Stati membri per l'adesione di misure atte a promuovere i diritti; preparare report sulle situazioni esistenti; richiedere informazioni ai governi sullo stato di promozione dei diritti nei singoli paesi. Sono molti i risultati positivi raggiunti dalla Commissione nell'ambito delle competenze specifiche affidategli sulla base della Carta dell'OAS. Tra questi le

stesura risale al 30 aprile 1948, e la Convenzione americana, c.d. Patto di San Josè del 22 novembre 1969.

L'organo politico a capo di entrambi i suddetti accordi è appunto l'OAS, costituita da trentacinque paesi i quali hanno tutti aderito alla Carta ma non necessariamente alla Convenzione[188]. A differenza di quanto accade nel vecchio continente, dove si prevede un'adesione automatica alla Cedu nel momento in cui gli Stati si uniscono al Consiglio d'Europa, nel sistema americano i paesi possono decidere di non ratificare la Convenzione, evitando pertanto la giurisdizione della Corte interamericana dei diritti dell'uomo[189]. Sull'altra sponda dell'Atlantico, la protezione regionale dei diritti umani si muove su due livelli diversi, uno prettamente politico-istituzionale, l'altro giuridico.

Poiché il fine ultimo di questo lavoro è comparare la differente applicazione della Convenzione europea e interamericana attraverso le decisioni delle due rispettive Corti, è ora opportuno esaminare la struttura del Patto di San Josè, ponendo particolare attenzione al ruolo e alle funzioni degli organi da esso previsti.

L'assetto della Convenzione americana ricorda quella europea prima dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11, seppur con rilevanti differenze. I delegati per la discussione del testo convenzionale sostennero con forza l'idea che "sarebbe stato opportuno differenziare il sistema americano da quello europeo per tenere conto delle caratteristiche proprie degli Stati americani"[190]. La realtà sociale e giuridica dei paesi

---

pressioni che hanno indotto le dimissioni del regime dittatoriale di Somoza in Nicaragua in quanto causa di gravi violazioni di diritti umani. Sul punto cfr. D. Shelton, *Improving human rights protections: reccomendations for enhancing the effectiveness of the Inter.american Commission and Inter-american Court of Human Rights*, in Am. U. J. Int'l. L. & Pol'y, vol. 3, 1998, pag. 327. Per un più approfondito resoconto storico della nascita e dell'evoluzione della Carta OAS si v. tra gli altri T. Buergenthal, *The revised OAS charter and the protection of human rigths*, in Am. J. Int.'l L., vol. 69, 1975, pag. 828 ss.; S. Davidson, *The interamerican court of human rights*, Aldershot, Dartmouth publishing, 1992, pp. 8-18; H. F. Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San Josè, IIDH, 2004, pp. 34-49.

[188] Ad oggi i paesi membri della Convenzione americana sono ventuno: il Brasile, l'Argentina, il Perù, la Colombia, il Messico, il Nicaragua, il Paraguay, l'Uruguay, il Cile, l'Ecuador, il Guatemala, El Salvador, il Venezuela, lo Stato del Costarica, l'Honduras, Panama, la Bolivia, Haiti, la Repubblica domenicana, il Suriname,le Barbados.

[189] Tra i maggiori paesi che si rifiutano di aderire alla Convenzione americana vi sono gli Stati Uniti e il Canada i quali sono sottoposti al controllo politico della Commissione interamericana evitando, dunque, un controllo giurisdizionale sui propri atti giuridici. Vero è tuttavia che, come si vedrà in seguito, la Corte interamericana può indirettamente esercitare la sua influenza anche sugli ordinamenti estranei alla Convenzione grazie al suo ruolo consultivo.

[190] *Human Rights: the inter-american system*, in T. Buergenthal e R. E. Norris (a cura di), Booklet n.15, vol. 3, 1982, pp. 67-71.

europei differiva e, per molti aspetti, differisce ancora da quella delle repubbliche americane. In America, le condizioni di sottosviluppo ed estrema povertà hanno portato alla formazione di governi autoritari e gli organismi di tutela presenti, tra cui giudici costituzionali e ordinari, sono tuttora implicati in forme di corruzione gravi. Ciò ricade inevitabilmente anche sul tipo di diritti fondamentali violati; se la Corte europea è raramente coinvolta nella risoluzione di casi per abusi direttamente compiuti dalle forze pubbliche, al contrario tale situazione rappresenta una costante per i giudici americani.

Le decisioni più importanti riguardano ad esempio il diritto alla vita o la tutela della libertà personale per l'uccisione o la sparizione di cittadini ribelli, o del giusto processo per la celebrazione di procedimenti sommari e senza l'esercizio di un effettivo diritto di difesa. Da qui la necessità di mettere a punto un sistema che potesse sfruttare l'esperienza europea ma che, allo stesso tempo, avesse caratteristiche proprie per affrontare più adeguatamente i problemi specifici del contesto americano[191].

Un primo riflesso di questa tendenza risiede nella scelta dei diritti e delle libertà che la Convenzione americana contempla; oltre a prevederne un numero maggiore rispetto alla Cedu, per alcuni di essi, il Patto di San Josè ne prevede i dettagli nello specifico[192]. Da un punto di vista strutturale, come il sistema Cedu, ciascuna istituzione interamericana si pone invece in maniera indipendente l'una dall'altra ma in un'ottica di complementarietà. Gli organi principali infatti interagiscono svolgendo in propria autonomia i compiti attribuiti dalla Convenzione, avvalendosi di apparati burocratici e segretariati che supportano il loro operato. Nell'ottica di tutelare i diritti contemplati nella prima parte della Carta[193], il sistema si poggia sul lavoro della Commissione, della Corte e dell'Assemblea generale.

---

[191] Di questo avviso T. Buergenthal, *The american and european conventions on human rights*, cit. pag. 156; J. M. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, Cambridge, 2003, pag.5; S. Davidson, *The interamerican court of human rights*, cit., pag.4.

[192] V. *infra* n. successiva.

[193] In qualità di carta che contempla i diritti fondamentali meritevoli di tutela, tutta la prima parte della Convenzione è dedicata al loro elenco. Tra questi vi sono: il diritto alla personalità giuridica (art. 3); il diritto alla vita (art. 4); il divieto di tortura (art. 5); il divieto di schiavitù (art. 6); la tutela della libertà personale (art. 7); il giusto processo (art. 8); il principio della irretroattività delle leggi (art. 9); il diritto alla riparazione giudiziaria (art. 10); il diritto alla privacy (art. 11); la libertà di coscienza e religiosa (art. 12); la libertà di manifestazione del pensiero (art. 13); il diritto di replica (art. 14); il diritto di riunione (art. 15) il diritto di associazione (art. 16); il diritto alla famiglia (art. 17); il diritto al nome (art. 18); il diritto dei fanciulli (art. 19); il diritto alla nazionalità (art. 20); il diritto di proprietà (art. 21); la libertà di circolazione e il diritto di residenza (art. 22); il diritto alla partecipazione politica (art. 23); l'uguaglianza davanti alla legge (art. 24); il diritto alla protezione giudiziaria (art. 25). La trattazione di alcuni di questi

La Corte rappresenta il cuore dell'organizzazione soprattutto in ordine alla sua funzione giurisdizionale; anche il ruolo della Commissione risulta centrale in quanto essa detiene il potere di decidere quali ricorsi presentare alla Corte. Il compito dell'Assemblea generale potrebbe essere strategico se valorizzato in un'ottica propulsiva e di stimolo agli Stati condannati per eseguire le decisioni che li riguardano. In sintesi, gli organismi suddetti operano in maniera cronologicamente differenziata, rispettando la scansione delle fasi procedurali stabilite dalla stessa Convenzione ma anche dagli Statuti e dai Regolamenti procedurali della Commissione e della Corte.

Prima di esaminare nel dettaglio le specifiche competenze di ciascun organo, è opportuno soffermarsi sui rapporti tra la Convenzione e gli Stati membri da un lato, e tra la stessa Convenzione e i singoli individui dall'altro. Il Patto prevede la possibilità di ricorsi individuali e interstatali ma con modalità diverse rispetto a quanto si prevede nella Cedu. In particolare, riguardo alle domande individuali che devono prima essere accolte dalla Commissione ed eventualmente trasferite in capo alla Corte, se ricorrono i presupposti che si esamineranno in seguito, esse possono essere avanzate non solo dalla presunta vittima della violazione, bensì anche da tutti coloro che dimostrano un interesse concreto. Al contrario del sistema europeo, quello interamericano contempla l'istituto dell'*actio popularis*, consentendo anche ai parenti delle vittime o a gruppi di organizzazioni non governative di invocare la protezione dei diritti convenzionali. La giustificazione di tale regola si ricollega presumibilmente alla natura delle violazioni.

Come già detto, in un contesto sociale in cui tanti sono i casi dei *desaparecidos* o di omicidi, l'unico modo per rivendicare il rispetto delle libertà fondamentali è parso proprio quello di estendere a qualsiasi altra persona il diritto a ricorrere, esigenza questa che non appare urgente in Europa.

A tale differenza se ne aggiunge un'altra: nel momento in cui gli Stati ratificano la Convenzione, essi accettano automaticamente la giurisdizione della Commissione e della Corte senza una specifica dichiarazione[194]. Per quanto concerne i ricorsi

---

diritti non si limita a semplici espressioni di principio ma si spingono a disciplinare dettagli in diverse sezioni. È il caso ad es. dell'art. 4 sul diritto alla vita e dell'art. 5 inerente al divieto di tortura. Per un puntuale commento sulla disciplina di questi ultimi articoli v. T. Buergenthal, *The american convention on human rights: illusions and hopes*, in Buff. L. Rev., vol. 21, 1972, pp. 125-127.

[194] L'art. 44 della Convenzione stabilisce infatti che: "Any person or groups of persons, or any nongovernmental entity legally recognized in one or more states of the Organization, may lodge petitions

interstatali vige invece la regola opposta, anche rispetto agli altri sistemi internazionali e in particolare a quello europeo prima della riforma del 1998. In questi casi, infatti, gli Stati americani devono esplicitamente riconoscere la competenza della Corte a risolvere un ricorso proposto da un altro paese[195]. Ciò può avvenire o al momento in cui si è coinvolti in una contestazione oppure in occasione della ratifica del Patto, con la possibilità di limitare a un certo periodo di tempo la validità della dichiarazione. Se dunque per i ricorsi individuali la giurisdizione è obbligatoria, per quelli interstatali rappresenta un *optional*.

Il motivo che ha spinto gli estensori della Convenzione ad adottare questo criterio è in parte di natura storica. L'esperienza dei ricorsi interstatali ha dimostrato come questi favoriscano la politicizzazione dei diritti umani; vi è il rischio che tale strumento sia utilizzato più con l'intento di avvantaggiarsi politicamente della situazione piuttosto che per denunciare gravi violazioni dei diritti. Inoltre, la probabilità di essere adottato soltanto dai governi più forti che non hanno paura di compromettere i rapporti con il paese accusato, lo rende un mezzo decisamente poco funzionale[196].

Queste considerazioni celano il timore di un utilizzo strumentale dei ricorsi interstatali, concepiti al contrario quali misure complementari per migliorare il rispetto dei diritti umani fondamentali[197]. Di tutt'altra natura appaiono invece le domande

---

with the Commission containing denunciations or complaints of violation of this Convention by a State party".

[195] In particolare l'art. 45 dispone che: "1. Any State Party may, when it deposits its instrument of ratification of or adherence to this Convention, or at any later time, declare that it recognizes the competence of the Commission to receive and examine communications in which a State Party alleges that another State Party has committed a violation of a human right set forth in this Convention. 2. Communications presented by virtue of this article may be admitted and examined only if they are presented by a State Party that has made a declaration recognizing the aforementioned competence of the Commission. The Commission shall not admit any communication against a State Party that has not made such a declaration. 3. A declaration concerning recognition of competence may be made to be valid for an indefinite time, for a specified period, or for a specific case. 4. Declarations shall be deposited with the General Secretariat of the Organization of American States, which shall transmit copies thereof to the member states of that Organization".

[196] Fino ad oggi è stato proposto soltanto un ricorso interstatale. Si tratta del caso Nicaragua v. Costarica risolto dalla Commissione lo scorso 8 marzo con una decisione di irrecivibilità. In particolare, il Nicaragua lamentava la violazione degli articoli 1, 8, 24 e 25 della Convenzione interamericana dei diritti umani per la violazione da parte del Costa Rica dell'obbligo di fornire le garanzie necessarie alla popolazione immigrata proveniente dal Nicaragua e rientrante nella giurisdizione del Costa Rica.

[197] Il pericolo è stato preconizzato da diversi Autori. Tra i maggiori si possono citare T. Buergenthal, *The american and european conventions on human rights*, op. cit. pag.160; T. Farer, *The rise of the Inter-American Human Rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox*, in *The Inter-American system of human rights*, Harris and Livengston (a cura di), 1998 pp. 31-36, riportato in J. M. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, cit. in nota n. 25, pag.5.

individuali che incoraggiano i singoli a rivendicare la protezione di un proprio diritto fondamentale, senza temere intimidazioni di sorta o essere alla mercè di altri Stati membri che, per loro conto, possono rivolgersi alle istituzioni convenzionali.

Rimane da esaminare in che modo i singoli, nonché gli Stati, possono denunciare presunte violazioni dei diritti contemplati nella Convenzione e quali altre competenze spettano agli organi preposti.

Al fine di rispettare un certo ordine logico, si analizzerà prioritariamente l'attività della Commissione e, in particolare, la sua funzione di filtro[198]; in un secondo tempo si porrà l'attenzione sulla Corte, scindendo i compiti che questa assolve in qualità di organo giurisdizionale da quelli che svolge in qualità di organo consultivo.

2.3.1 La Commissione nell'ambito della Convenzione americana

Con l'entrata in vigore della Convenzione americana nel 1969, si è assistito a un ampliamento del ruolo della Commissione, dovuto innanzitutto al suo riconoscimento formale[199]. Se già in occasione della stipulazione della Carta OAS nel 1948 la Commissione era stata riconosciuta quale organo competente a custodire i principi in essa contenuti, la sua natura non vincolante non garantiva tuttavia un effettivo funzionamento del sistema. Era necessario un atto formale che impegnasse nello specifico gli Stati in modo da valorizzare le funzioni di un organo che, seppur politico, avesse l'autorevolezza per imporsi.

Grazie al Patto di San Josè la Commissione ha dunque visto legittimarsi il proprio ruolo promozionale e di difesa dei diritti umani[200]. Inoltre, nell'ambito della

[198] In nessuna circostanza è permesso saltare il passaggio dinanzi alla Commissione, adendo direttamente la Corte. La regola non prevede deroghe anche nei casi in cui sia lo Stato imputato a richiederlo. È stata la stessa Corte a stabilirlo nel caso In the matter of Viviana Gallardo et al., Advisory Opinion n. G 101/81, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. A) (1984).

[199] Per quanto riguarda specificamente la composizione e la scelta dei commissari la Convenzione stabilisce che essi sono sette in totale e vengono nominati dall'Assemblea Generale dell'OAS tra una rosa di nomi proposti da ciascun Stato membro dell'OAS. I candidati, oltre ad essere persone di alta rispettabilità morale, devono risultare competenti nel campo dei diritti umani, rimangono in carica per quattro anni e possono essere rieletti per una sola volta. Essi, come i membri della Corte, non rappresentano lo Stato membro di cui hanno la nazionalità, ma tutti i paesi dell'Organizzazione degli Stati americani. Per un più preciso riferimento sull'organizzazione e le funzioni della Commissione cfr. gli artt. 33-43 della Convenzione americana, e gli artt. 1-9 dello Statuto della Commissione.

[200] Sulle specifiche attività promozionali di protezione dei diritti umani v. supra nota n. 47.

Convenzione, essa si pone come organo intermediario tra i ricorrenti e la Corte interamericana, in modo da vagliare i casi meritevoli di essere sottoposti ad eventuali controlli giurisdizionali. Il ricorso diretto alla Corte non rappresentava, al momento della stesura della Convenzione, un'ipotesi possibile; un'idea, questa, che inizia a prendere di recente a seguito di un'assimilazione al sistema europeo[201]. Lo scetticismo dell'epoca derivava dal timore che gli Stati minacciati nella loro sovranità avrebbero potuto rifiutare la giurisdizione della Corte o ignorare le decisioni a loro indirizzate. Un organo di natura politica che fungesse da filtro rappresentava invece un'alternativa meno traumatica che consentiva un graduale adeguamento al sistema[202].

In merito alla funzione intermediaria della Commissione rispetto alla Corte, il procedimento si suddivide in tre fasi. Innanzitutto si deve stabilire l'ammissibilità delle richieste. A tal riguardo, le regole poste dalla Convenzione sono comuni al sistema europeo e, in generale, a tutte le organizzazioni internazionali. Esse consistono nell'esaurimento delle vie interne[203], nel proponimento della domanda entro sei mesi dalla data della sentenza definitiva dei giudici interni, nell'incompatibilità con eventuali ricorsi ad altri giudici internazionali e nel divieto di un'istanza anonima. Oltre a queste verifiche, l'ammissibilità del ricorso si stabilisce anche in base alla palese irricevibilità dell'istanza e, in particolare, il suo contenuto che non deve richiamare petizioni già esaminate dalla stessa Commissione o da altre organizzazioni internazionali[204].

Se la richiesta viene considerata ammissibile si passa alla seconda fase, costituita essenzialmente da un'attività istruttoria che consiste sia nell'ottenimento di documentazioni utili da entrambe le parti, lo Stato e gli individui, sia in indagini *in loco* per acquisire le informazioni necessarie sui fatti. A questo stadio del procedimento la Commissione si trova di fronte a varie alternative: in primo luogo, ha ancora

[201] Deciso sostenitore di una riforma come quella del Protocollo n. 11 della Cedu è l'ex Presidente della Corte interamericana Antonio Cancade Trindade il quale ha proposto una bozza di modifica ora al vaglio dell'OAS.

[202] Se è vero che ciò ha favorito un migliore funzionamento del sistema integrale della Convenzione, tuttavia ha penalizzato il ruolo della Commissione che, per la politicità che la contraddistingue, risente dei precari equilibri che di volta in volta si raggiungono al proprio interno condizionandone le decisioni.

[203] Come nel caso della Cedu, tuttavia, la regola dell'esperimento delle vie interne incontra deroghe plausibili nei casi di diniego di accesso alla giustizia o di legislazioni interne non compatibili con le regole del giusto processo o, infine, per ingiustificati e eccessivi ritardi nell'emettere la sentenza finale interna (§2 dell'art. 46 della Convenzione americana).

[204] Lettere (c) e (d) dell'art. 47 della Convenzione.

l'opportunità di dichiarare il ricorso inammissibile[205]; in caso contrario, se ritiene lo Stato colpevole, si adopera in via primaria per agevolare una soluzione amichevole tra le parti. In questa seconda ipotesi, il caso si chiude trasmettendo il report della risoluzione alla segreteria generale dell'OAS, altrimenti la Commissione comunica le proprie conclusioni allo Stato incriminato entro 180 giorni. Nei successivi tre mesi la Commissione o il paese convenuto possono ricorrere alla Corte, diversamente si pone fine al procedimento con le conclusioni e le raccomandazioni della stessa Commissione relative ai rimedi da adottare. Alla decorrenza dei tre mesi i commissari valutano se lo Stato ha riparato al danno ed eventualmente se pubblicare il report finale sugli annali dell'Assemblea generale dell'OAS[206].

Il ricorso alla Corte non è quindi diretto e, in particolare per gli individui, è condizionato da una decisione della Commissione[207]. Tuttavia, con la riforma del regolamento del 2001 si è ridotto l'ampio potere discrezionale che essa aveva nelle istanze da riferire all'organo giurisdizionale[208]. Se prima di tale modifica ai ricorrenti non rimaneva che adeguarsi alla decisione della Commissione, il ricorso ora si effettua automaticamente salvo che la maggioranza assoluta dei commissari non esprima parere contrario[209]. I motivi di un simile cambiamento procedurale si giustificano alla luce della profonda evoluzione dello *human rights law.*

---

[205] Il §1 lett. (c) dell'art. 48 prevede questa ipotesi nel caso la Commissione si renda conto che in realtà le vie interne non sono state del tutto esperite o sopraggiungono prove che dimostrano il ricorso manifestamente inammissibile.

[206] §1 dell'art. 51 della Convenzione.

[207] La stessa Corte ha escluso la possibilità per gli Stati di saltare il passaggio alla Commissione concludendo che "la procedura dinanzi alla Commissione non è stata pensata a solo beneficio degli Stati ma garantisce l'esercizio di importanti diritti indviduali" (v. il caso In the matter of Viviana Gallardo et al., cit., §25). Tale ricorso insomma assicura ai ricorrenti privati un concreto rispetto delle proprie libertà grazie all'attività investigativa e di indagine che la Commissione può approntare.

[208] La riforma del regolamento della Commissione è entrata in vigore l'1 maggio del 2001 e il testo può essere consultato sul sito internet http://www.cidh.oas.org.

[209] Art. 44 delle regole procedurali della Commissione interamericana. Tale disposizione al § 2 precisa che la Commissione si vede maggiormente costretta a proporre il ricorso alla Corte considerando la specifica condizione del ricorrente; la natura e la gravità della violazione; la necessità di sviluppare o chiarire la giurisprudenza del sistema; specificare i futuri effetti della decisione nel sistema giuridico degli Stati membri; porre l'accento sulla qualità delle prove utilizzabili. Le possibilità che la Commissione proponga un ricorso alla Corte aumentano inoltre se gli individui coinvolti esprimono l'intenzione di portare avanti il caso. Circostanza questa che assume un peso rilevante se si pensa che la Commissione prende in considerazione tale eventualità nonostante non abbia condannato lo Stato nel caso in esame. Il punto è chiarito nel §3 dell'art. 43 che specifica come entro un mese dalla notifica della Commissione al ricorrente dell'adozione del report stilato, quest'ultimo ha la possibilità di richiedere l'inoltro del caso alla Corte chiarendo la propria posizione; i dati personali della vittima; le motivazioni secondo le quali sarebbe opportuno, a suo parere, ricorrere alla Corte; presentando i documenti o l'elenco dei probabili

In un contesto in cui tale disciplina assume ormai un significato rilevante nella regolazione dei rapporti tra gli Stati e, soprattutto, tra questi e i singoli cittadini, il diritto degli individui ad appellarsi alla Corte rappresenta un coerente passo avanti[210]. Il sistema non è stato riformato seguendo l'esempio europeo, il quale ha eliminato la Commissione introducendo il ricorso diretto alla Corte; ciononostante sono state corrette alcune storture significative che rischiavano di compromettere il ruolo dell'organo politico.

Precedentemente alla riforma, la Commissione rappresentava la vittima dinanzi alla Corte, rischiando quindi di politicizzare ancor di più la propria mansione. In qualità di avvocato difensore degli individui contro l'operato di uno Stato, essa poteva compromettere successivamente il suo ruolo intermediario rispetto allo stesso paese prima accusato. Dopo il 2001, la sua attività ha assunto invece connotati più neutrali al pari della Commissione europea prima della sua abolizione con l'introduzione del Protocollo n. 11.

La Commissione interamericana esplica oggi una funzione più neutrale e oggettiva, come organo imparziale che esprime pareri consultivi sull'interpretazione dei fatti e dei punti giuridici controversi. Vero è, tuttavia, che soltanto la Commissione è legittimata a presentare istanza alla Corte e che la sua presenza alle udienze è indispensabile dal punto di vista procedurale. Contrariamente a quanto si prevedeva in passato, la vittima è considerata parte in causa insieme allo Stato col diritto di partecipare autonomamente all'intero procedimento, mentre la Commissione limita il suo compito a quello di *amicus curie*[211].

---

testimoni del caso che la Corte potrà prendere in considerazione; infine, redigendo la richiesta per il risarcimento dei danni subiti. Su un commento alle nuove regole procedurali si rinvia a V. Gómez, *Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: new rules and recent cases*, in Hum. Rts. L. Rev., vol. 1, 2001, pp. 111-126.

[210] Così J. M. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, cit., pag.19. La stessa Corte interamericana aveva avvertito l'esigenza di assicurare agli individui maggiori possibilità di essere ascoltati da un organo giurisdizionale tanto da aver suggerito alla Commissione alcune linee guida nell'advisory opinion *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 novembre 1985. Serie A No. 5 (Schmidt). Nello specifico ai §24-26 la Corte afferma che è opportuno farvi ricorso nei casi più controversi, in cui la Commissione non riesce a far raggiungere un accordo amichevole tra le parti, non ottiene una decisione unanime al suo interno e sono in gioco valori importanti per l'intero continente.

[211] Cfr. l'art. 2 (23) delle regole procedurali della Corte interamericana. In realtà tutti i cambiamenti descritti non sono occorsi soltanto a seguito della modifica del regolamento della Commissione ma sono stati anticipati anche da alcune modifiche del regolamento della stessa Corte interamericana che aveva aperto alla possibilità per la vittima di svolgere un ruolo più attivo durante il procedimento. Si vedano in

2.3.2 Il ruolo della Corte: struttura e competenze

La Corte interamericana, grazie al suo potere giurisdizionale, rappresenta l'organo più idoneo a proteggere di fatto i diritti fondamentali. Come detto, la sua funzione non si limita alla risoluzione delle controversie ma si estende all'emanazione di pareri consultivi richiesti dalla Commissione, dagli altri organi e dagli Stati membri dell'OAS, senza escludere quelli che non hanno ratificato la Convenzione. In qualità di organo giuridico, la Corte è ovviamente più incisiva in considerazione della natura vincolante delle decisioni adottate; anche il suo ruolo di *advisor*, se preso in giusta considerazione, rappresenterebbe tuttavia un'ottima occasione per migliorare la tutela delle libertà contemplate nel Patto.

Prima di esaminare le specifiche funzioni della Corte in qualità di giudice e di organo consultivo, è utile concentrare l'attenzione sulla sua organizzazione. La stessa Convenzione tratta questa tematica in maniera esaustiva senza lasciare molto spazio allo Statuto e al Regolamento della Corte e senza creare eccessivi problemi di interpretazione[212]. I giudici sono sette e vengono nominati dall'Assemblea generale dell'OAS a scrutinio segreto e a maggioranza assoluta tra una lista presentata dagli Stati membri. Ciascun paese può proporre fino a un massimo di tre candidati non necessariamente della propria nazionalità [213]. I giudici devono essere di paesi diversi e sono eletti tra coloro che posseggono la qualifica richiesta in base alla legge degli Stati proponenti. Essi sono scelti tra giuristi di grande autorità morale e con riconosciute competenze nel campo dei diritti umani[214]. Il mandato dura sei anni e la rielezione è possibile soltanto una volta; alla scadenza del termine, essi possono tuttavia continuare ad occuparsi dei casi ancora aperti per i quali non sono sostituibili dai nuovi eletti. Chi è nominato a prendere il posto dei giudici che hanno rinunciato alla carica per

---

particolare l'art. 22 del regolamento approvato nel 1991 in cui si stabiliva che la vittima era rappresentata da un avvocato nominato dalla Commissione, e l'art. 23 del regolamento del 1996 che prevedeva la possibilità per l'individuo di partecipare direttamente al procedimento nella parte relativa alle riparazioni da accordare.

[212] Nello specifico gli articoli dedicati all'organizzazione della Corte vanno dal 52 al 60.

[213] Art. 53 della Convenzione.

[214] Art. 52 della Convenzione.

impossibilità, dimissioni o morte resta in carica per il termine rimanente di quelli sostituiti[215].

Per quanto attiene alle incompatibilità con le altre cariche, i componenti della Corte non possono contemporaneamente esercitare mansioni che minano la loro imparzialità e indipendenza. La Convenzione si limita a stabilire questo principio di ordine generale all'art. 71, affidando allo Statuto le ipotesi specifiche di incarichi inconciliabili con quelli di giudice. Il documento in questione determina l'incompatibilità con le posizioni di membro o alto funzionario del governo, eccetto i casi in cui non si è alle dirette dipendenze del potere esecutivo oppure non si ricopre il ruolo di diplomatico a capo di missioni all'OAS o negli altri Stati membri dell'organizzazione. I giudici, inoltre, non possono esercitare la carica di ufficiali in altre organizzazioni internazionali e, più in generale, non è permesso loro di svolgere funzioni lesive della dignità e del prestigio dell'ufficio[216].

Una differenza sostanziale rispetto a come è organizzata la Corte europea riguarda la composizione su base nazionale dei giudici. Se nel sistema Cedu il loro numero è pari a quello dei paesi aderenti alla Convenzione, in quello interamericano si prevede il numero fisso di sette giudici su un totale di ventuno Stati aderenti, non assicurando quindi la rappresentanza del paese incriminato nel collegio giudicante[217]. Per sopperire a tale mancanza, la Convenzione americana prevede l'istituzione dei giudici *ad hoc* i quali sono nominati occasionalmente qualora lo Stato protagonista del ricorso lo richieda. La proposta di una loro elezione può essere avanzata anche nel caso contrario, ovvero quando a decidere della controversia è presente proprio il giudice

[215] *Ibidem* art. 54.
[216] Art. 18 dello Statuto della Corte interamericana. Tale disposizione prosegue con lo stabilire come comportarsi nei casi di dubbi, disponendo che è la Corte che dovrebbe scioglierli e se l'incompatibilità sussiste allora verranno applicate le disposizioni contenute nell'art. 73 della Convenzione e nell'art. 20 (2) dello Statuto. L'art. 73 stabilisce che sarà la maggioranza dei due terzi dell'Assemblea Generale dell'OAS a decidere sulle sanzioni da comminare ai membri della Commissione o della Corte per gravi negligenze e omissioni nell'esercizio delle loro funzioni. L'art. 20 (2) dello Statuto non fa che ribadire lo stesso concetto.
[217] Volendo indagare sulle motivazioni di una scelta così diversa tra i due sistemi si deve tener conto delle condizioni in cui le due Corti avrebbero operato. In Europa appariva necessario assicurare nel collegio giudicante la presenza del giudice del paese incriminato in modo da esprimere il punto di vista nazionale su questioni controverse su cui ciascun paese gode di un margine discrezionale per via delle diverse tradizioni culturali. Al contrario, nel sistema americano tale esigenza non era particolarmente sentita vista la grave natura delle violazioni originate *in primis* dalla mancanza dei presupposti necessari per la tenuta di un ordinamento democratico.

cittadino dello Stato imputato. Nell'evenienza, ogni altro Stato membro può proporre la nomina di un giudice *ad hoc* per l'occasione[218].

L'esigenza di assicurare l'intervento di un giudice *ad hoc* del paese accusato sembra in controtendenza con un sistema più preoccupato di garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici. Tale opzione può essere opportuna per vagliare il caso concreto alla luce delle peculiarità economiche, sociali e culturali dello Stato denunciato. In questa circostanza un giudice cittadino del paese accusato può farsi portavoce di tali specificità, rendendo la risoluzione della controversia maggiormente concreta e legata ai fatti.

2.3.3 (segue) La giurisdizione contenziosa

Tornando alle funzioni della Corte interamericana, essa assorbe in sé sia il ruolo di giudice che accerta la violazione di un diritto convenzionale, sia quello di *advisor*. Il primo soddisfa almeno tre precisi obiettivi: proteggere i diritti contemplati nella Convenzione, rafforzare il ruolo della Commissione e scoraggiare future violazioni. In tale ottica, dal punto di vista procedurale, la Corte gode di un certo margine di discrezionalità decidendo sulla base del caso concreto anche se alcune regole procedurali sono inderogabili perchè ritenute essenziali per il corretto funzionamento del sistema.

Nella Conferenza dell'OAS del 1969 si stabilirono infatti alcuni criteri indispensabili: 1) un quorum di cinque giudici per le deliberazioni; 2) l'obbligo di motivare la decisione; 3) la possibilità per i giudici di pronunciare opinioni separate o dissenzienti da allegare al testo della sentenza; 4) la natura definitiva e inappellabile della decisione; 5) l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi a essa; 6) l'esecuzione

[218] La disciplina dei giudici *ad hoc* è contenuta nell'art. 55 della Convenzione che specificamente dispone: "1. If a judge is a national of any of the States Parties to a case submitted to the Court, he shall retain his right to hear that case. 2. If one of the judges called upon to hear a case should be a national of one of the States Parties to the case, any other State Party in the case may appoint a person of its choice to serve on the Court as an ad hoc judge. 3. If among the judges called upon to hear a case none is a national of any of the States Parties to the case, each of the latter may appoint an ad hoc judge. 4. An ad hoc judge shall possess the qualifications indicated in Article 52. 5. If several States Parties to the Convention should have the same interest in a case, they shall be considered as a single party for purposes of the above provisions. In case of doubt, the Court shall decide".

qualora si stabiliscano dei danni da risarcire, in base a quanto le leggi interne prevedono in materia; 7) l'obbligo di notifica alle parti ricorrenti e allo Stato convenuto.

Prima di decidere nel merito, la Corte interamericana, al pari di quella europea, valuta in via preliminare l'ammissibilità dei ricorsi che, a differenza dei giudici continentali, giungono dalla Commissione o dagli Stati membri. Il primo passo che la Corte compie in qualità di organo giurisdizionale è quindi la valutazione delle obiezioni preliminari avanzate dagli Stati accusati. Nelle loro analisi, la Corte e la Commissione dimostrano un approccio alquanto elastico per la diffidenza verso gli Stati propensi a farne un uso opportunistico; in diversi casi, è risultato evidente che il proponimento di tali obiezioni avrebbe condotto a un mero ritardo della risoluzione del caso o alla violazione del diritto dei ricorrenti ad ottenere giustizia[219]. Le obiezioni riconosciute sono quelle classiche del diritto internazionale in tema di giurisdizione *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci*[220]. Senza soffermarsi sul significato di ognuno, è sufficiente ribadire che la Corte ha arricchito con la propria giurisprudenza il contenuto di ciascuna, non perdendo mai di vista la necessità di assicurare agli individui un ricorso effettivo[221].

---

[219] Per un corretto utilizzo delle obiezioni preliminari sono state già avviate delle modifiche ai Regolamenti procedurali di entrambe la Commissione e la Corte. Molte di queste sono state anticipate dalla prassi, come ad esempio la dichiarazione di ammissibilità del ricorso alla Commissione con un atto formale separato rispetto alla decisione, in vista di una maggiore trasparenza. Anche in riferimento al raggiungimento della constatazione amichevole la Corte ha stabilito che la Commissione gode di una certa discrezionalità nel decidere se e come proporre delle buone pratiche per facilitarle. Per quanto riguarda invece le modifiche procedurali apportate, esse consistono nel richiedere le obiezioni preliminari già nella risposta dello Stati al ricorso, nel predisporre un'udienza pubblica per chiarirle solo quando è indispensabile, e infine nel pronunciare i risultati sulla loro opportunità nella stessa sentenza in cui si decide nel merito. Poiché il ricorso alle obiezioni preliminari non accennano a diminuire, sono state proposte della dottrina alti cambiamenti come la possibilità per la Corte di rifiutarsi di riaprire il caso stabilito dalla Commissione in tema di ammissibilità. Sul punto v. J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, cit., pag.180.

[220] Si è già detto che la giurisdizione della Corte è accettata dagli Stati automaticamente nel caso dei ricorsi individuali, con uno specifico accordo invece per i ricorsi interstatali (art. 62, §2). Sull'accettazione della giurisdizione la Corte assume un atteggiamento molto restrittivo. È emblematico il caso dello Stato di Trinidad and Tobago che obiettava preliminarmente la competenza della Corte nelle decisioni sulla pena di morte. I giudici interamericani hanno rigettato il punto di vista statale sospettando che la posizione del Trinidad fosse dettata dallo scopo recondito di disattendere gli obblighi assunti con la ratifica della Convenzione. La Corte ha poi chiarito che sarebbe inaccettabile subordinare il consenso alla giurisdizione per rendere la protezione dei diritti umani inoperativa (casi Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago, Preliminary objections, 2001, §74-79Hilarire v. Trinidad and Tobago, Preliminary objections, 2001,§ 83-88).

[221] Sul tema si rimanda a J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, cit., pp.83-180.

Nello specifico delle decisioni di merito della Corte[222], per accertare una violazione convenzionale, essa dovrà procedere con l'analisi fattuale del caso valutando le prove fornite dalle parti. Le fasi procedurali possono essere riassunte in due momenti principali: la raccolta delle memorie e il procedimento orale. Nella prima, la Corte cerca di ricostruire il caso in base alle documentazioni presentate, comprese le prove raccolte.

Nella seconda, invece, essa ascolta i convenuti e i testimoni ritenuti utili per chiarire il caso. Come qualsiasi altro tribunale internazionale, la Corte interamericana svolge un ruolo attivo nell'assunzione di tali prove, in particolari quelle testimoniali. In tal senso, essa ha imposto anche per le regole procedurali inerenti alle decisioni di merito delle novità che si discostano dall'interpretazione letterale della Convenzione. La Corte vuole favorire così la posizione dei ricorrenti rispetto a quella degli Stati, i quali hanno maggiori opportunità di avere la meglio grazie all'ausilio di esperti o alla capacità di intimidire le vittime[223].

Qualora uno Stato non partecipa attivamente al procedimento dinanzi alla Corte, non contestando le prove presentate dai ricorrenti o non fornendo i dati richiesti dai giudici, questi presumono che quanto raccolto sia valido per decidere nel merito. La Corte ha infatti stabilito che gli Stati hanno la responsabilità procedurale di presentare delle prove, in caso contrario si ritengono valide quelle già agli atti[224]. Essa ha inoltre precisato che l'assunzione delle prove è certamente meno formale e più flessibile rispetto a quella stabilita dalle leggi interne in quanto "la protezione internazionale dei diritti umani non va confusa con i principi di diritto penale. Quando uno Stato è

[222] Non è escluso tuttavia che la Corte prima di entrare nel merito dichiari il ricorso inammissibile oltre che per carenza di giurisdizione, anche per la mancanza di esaurimento delle vie interne. Nonostante questo controllo sia precedentemente svolto dalla Commissione, si presume che la Corte possa revisionare la decisione sull'ammissibilità così come la Corte europea ne aveva il potere quando esisteva ancora la Commissione, v. caso Vagrancy c. Belgio, del 18 novembre 1970. In dottrina si sostiene che sarebbe illogico sostenere che quello dell'ammissibilità del ricorso delle vie interne sia uno dei requisiti fondamentali per accedere al sistema della protezione convenzionale e allo stesso tempo negare alla Corte un ulteriore controllo. Ciò si spiegherebbe soprattutto alla luce del rapporto che intercorre tra Commissione e Corte, basato sulla loro cooperazione e non sulla subalternità della prima alla seconda. Così C. A. Dunshee de Abranches, *The Inter-American Court of Human rights*, in Am. U. L. Rev., vol. 30, 1981, pag.113.

[223] È in questo senso che si giustifica in talune circostanze l'inversione dell'onere della prova a carico degli Stati, qualora risulti indispensabile la sua collaborazione. Sono esemplificativi i casi in cui i familiari delle vittime decaparecidos incontrano visibili difficoltà nel fornire le prove in quanto gli Stati cercano di cancellarle per evitare di incorrere in responsabilità internazionali. Così la Corte in Velásquez Rodríguez v. Honduras (Merits) del 29 luglio 1988, §135.

[224] Così in Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trindad and Tobago (Merits), del 21 giugno 2002, §67.

chiamato dinanzi alla Corte esso non si pone come imputato poiché non verrà giudicato per aver causato la violazione di un diritto fondamentale. Il procedimento serve in realtà a proteggere le vittime determinando la riparazione ai danni causati dallo Stato responsabile di tali azioni"[225].

La discrezionalità della Corte in queste fasi procedurali è quindi molto ampia in virtù dell'applicazione del principio del *sana criteria*, tradotto dai giudici come 'giudizio ragionevole' o analisi di competenza', ovvero trovando un bilanciamento tra le circostanze del caso concreto e il rispetto della certezza giuridica e del principio di uguaglianza tra le parti[226].

Al termine di tali fasi procedurali, la Corte si riunisce in quella che, semplificando, potremmo definire Camera di Consiglio; qui essa prende una decisione che comunicherà attraverso la pubblicazione di una sentenza definitiva e vincolante, a meno che non emergano fatti nuovi che mettano in dubbio quanto deciso. Non è esclusa la possibilità di richiedere un'interpretazione della decisione; la Convenzione stabilisce infatti che, entro novanta giorni dalla pubblicazione della sentenza, le parti possono richiedere alla Corte un giudizio interpretativo[227]. Le richieste di chiarimento sulle decisioni vertono per lo più sul tipo e l'ammontare dei danni da risarcire, motivo per cui la Corte interamericana specifica le misure individuali che lo Stato deve adottare[228].

---

[225] Caso Constitutional Court v. Perù (Merits) del 24 settembre 1999, §47. V. anche Cantoral Benavides v. Perù (Merits) del 18 agosto 2000, §46.

[226] Per un'accurata ricostruzione delle fasi procedurali di cui si tratta e la citazione della relativa giurisprudenza da cui si evincono i criteri a cui la Corte si attiene per valutare nel merito una questione v. J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, cit., pp. 181-215.

[227] L'art. 67 della Convenzione stabilisce che: "La sentenza della Corte è definitiva e non soggetta ad appello. In caso di disaccordo circa il significato o la portata della sentenza, la Corte, su richiesta di uno delle parti, deve darne un'interpretazione, a condizione che la richiesta sia formulata entro novanta giorni dalla data di notifica della sentenza. Prima della riforma del 2001 sulle regole procedurali della Corte, soltanto la Commissione e gli Stati avevano tale facoltà, oggi invece è estesa anche ai ricorrenti, l'art. 58(1) delle regole procedurali della Corte non specifica infatti quali soggetti possano avanzare una simile richiesta stabilendo che: "The request for interpretation, referred to in Article 67 of the Convention, may be made in connection with judgments on the merits or on reparations and shall be filed with the Secretariat. It shall state with precision the issues relating to the meaning or scope of the judgment of which the interpretation is requested.

[228] V. *infra* cap. 3§ 3.3.1. È una prerogativa questa che al momento rimane esclusa in ambito europeo ad eccezione della possibilità che il Comitato dei ministri ha nel richiedere alla Corte di Strasburgo un giudizio di interpretazione su questioni previamente indicate dallo stesso Comitato. La decisione viene prese dalla Grande Camera dopo aver sentito il Comitato e le parti interessate (v. art 82-90 del Regolamento della Corte!!!). In futuro, se il Protocollo XIV entrerà in vigore, ciò rappresenterà un modo anche per i giudici europei di essere più precisi sul tipo di misure che lo Stato deve adottare per porre fine alla violazione (v. *supra* §2.2.3).

Qualora la Corte stabilisse il mancato rispetto di un diritto convenzionale, essa dichiara lo Stato convenuto responsabile e dunque non solo obbligato a porre fine alla violazione ma anche a ripristinare la situazione precedente, evitando il ripetersi di casi simili in futuro[229]. In conformità ai principi del diritto internazionale, la Corte interamericana considera responsabile lo Stato sia per gli atti commessi dall'esecutivo, dal legislativo o dal giudiziario, sia per quelli compiuti da agenti statali o da gruppi non governativi o individui che agiscono su ordine dei governi[230].

Ulteriori responsabilità statali si ravvisano quando il governo non mostra l'impegno necessario per prevenire le violazioni di diritti umani che, sebbene perpetrate dai singoli, potevano essere evitate con una corretta azione statale [231]. Sono escluse da ogni responsabilità le azioni compiute da gruppi ribelli che agiscono contro il potere costituito, a meno che questi non succedano al potere[232].

2.3.4 (segue) La funzione consultiva

Oltre alla funzione giurisdizionale si è già detto che la Corte esplica anche quella consultiva nei confronti di tutti gli Stati dell'OAS, a prescindere dalla ratifica specifica della Convenzione interamericana.

Se è vero che l'*advisory opinion* è considerato uno strumento tipico del diritto internazionale[233], è altrettanto vero che assume caratteristiche peculiari in ambito

[229] La trattazione della disciplina dei rimedi del sistema interamericano riguarderà il cuore del presente capitolo e anche di quello successivo. Si rimanda dunque *infra* § 2.4.2 e cap. 3, §3.3 per gli approfondimenti sul tema.

[230] Cfr. l'art. 8 dell'*Ilc draft articles*. Nello specifico della prassi interamericana, la Commissione ha ritenuto ad esempio responsabile il Guatemala per le azioni di un gruppo di *civil patrols*, il cui compito era quello di proteggere alcune isole del paese dalla guerriglia, ma che sono stati protagonisti di diverse violazioni di diritti umani (v. il Rapporto annuale della Commissione interamericana 446, OEA/Ser. L./V/II.79, doc. 12 rev. 1 (1990-1)). Dal canto suo la Corte ha condannato lo stesso Guatemala sempre per atti illeciti di tali civil patrols, colpevoli della sparizione di Nicholas Blake (v. Blake v. Guatemala, provisional measures, del 16 agosto 1995, §3).

[231] V. caso Urso Branco Prison v. Brasile (Provisional measures), del 18 giugno 2002, §8, in cui il Brasile è stato condannato per non aver predisposto adeguate misure di sicurezza all'interno di un carcere statale in cui erano stati assassinati dei detenuti per mano di altri detenuti.

[232] Art. 10 dell'Ilc draft articles.

[233] Già nel patto della Società delle Nazioni si attribuiva una competenza consultiva alla Corte permanente internazionale di giustizia, prerogativa che ha trovato maggior vigore nello Statuto della Corte di giustizia internazionale. Tale potere risulta fondamentale anche in ambito europeo in relazione ai trattati della CE, mentre appare debole nel sistema Cedu (v. art. 47 della Cedu commentato *infra* cap. 4, §4.3). Per una ricostruzione puntuale della disciplina dei pareri consultivi cfr. C. R. Miguel, *La función*

americano, in quanto finalizzato allo sviluppo generale del diritto dei diritti umani. A differenza delle sentenze della Corte interamericana, i pareri consultivi non sono vincolanti e la loro efficacia risiede nell'autorità morale e scientifica dei giudici interamericani. Ciononostante, le potenzialità di tali pareri, se sfruttate appieno, darebbero un valido contributo per il miglioramento del sistema. Nel diritto internazionale, infatti, non sono rari i casi in cui soluzioni di *soft law* sortiscono effetti positivi al di là di qualsiasi previsione. La stessa Corte interamericana ha avuto modo di affermare che il ricorso alle opinioni consultive dà vita a un sistema parallelo che offre una valida alternativa giuridica preposta ad assistere gli Stati e gli organi nel conformarsi al diritto dei diritti umani, senza formalismi e sanzioni che sono invece proprie del processo contenzioso[234].

Nel caso specifico del sistema interamericano, col tempo si è assistito ad un parziale disuso dello strumento in questione. Tale situazione trova una valida giustificazione nell'aumento del numero degli Stati dell'OAS che hanno ratificato la Convenzione. Nei primi anni di attività della Corte, i casi di contenzioso risultavano infatti sporadici rispetto a quelli consultivi[235]. Il corrispettivo aumento delle possibilità per i singoli individui di farsi riconoscere in concreto una violazione convenzionale ha provocato una flessione fisiologica del ricorso alle opinioni consultive. Era abbastanza ovvio che tra un'istanza giurisdizionale e una meramente consultiva si preferisse la prima, dato il carattere vincolante delle decisioni giurisdizionali della Corte.

Nonostante ciò, vale la pena spendere qualche riga per comprendere meglio le caratteristiche delle opinioni consultive; esse infatti potrebbero risultare fondamentali in un dialogo più allargato tra Stati e organi interamericani con l'obiettivo di migliorare l'intero sistema.

La richiesta di opinioni consultive può essere avanzata da tutti gli organi politici dell'OAS e, naturalmente, da tutti i paesi americani. Come stabilisce il primo comma dell'art. 64 della Convenzione, tali soggetti possono ricorrere alla Corte per ricevere pareri circa l'interpretazione della Convenzione americana o degli altri trattati inerenti

---

consultiva en el sistema interamericano de derechos humanos:¿crisálida de una jurisdicción supra-constitucional?, in *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Vol. 2, San José, Costa Rica, 1998, pp. 1349-1355.

[234] Così la Corte in Restrictions to the Death Penalty, OC-3/83 dell'8 settembre 1983.

[235] Nei primi cinque anni di attività della Corte ad esempio, a fronte di un solo caso giurisdizionale essa ha fornito almeno quattro pareri consultivi.

la protezione dei diritti umani in America. Gli Stati membri inoltre, secondo la lettera del comma 2 dello stesso articolo, hanno la facoltà di consultare la Corte per verificare la compatibilità delle proprie leggi con tali convenzioni[236].

Sono quindi tre gli elementi che il Patto mette in evidenza e che perciò meritano una particolare attenzione: i soggetti legittimati a richiedere le opinioni, il tipo di trattati oggetto di interpretazione e, infine, il raccordo tra il sistema convenzionale e gli ordinamenti interni. Quanto al primo aspetto, si è già accennato che gli organi politici e ciascuno Stato membro dell'OAS hanno il potere esclusivo di ricorrere alla Corte per ottenere un'opinione consultiva. Non si pongono particolari questioni interpretative in relazione ai paesi; in tal caso è sufficiente puntualizzare che quelli dell'Organizzazione americana hanno la facoltà di richiedere opinioni consultive a prescindere dall'adesione esclusiva alla Convenzione americana.

È necessaria una maggiore specificazione riguardo agli organi politici dell'OAS; l'art. 64 fa riferimento a quelli elencati nel capitolo decimo della Carta dell'OAS così come modificata dal Protocollo di Buenos Aires, oggi capitolo ottavo a causa di una nuovo emendamento alla Carta col Protocollo di Cartagena del 1985. L'elenco di tali organi è abbastanza lungo[237] ma in linea di massima può dirsi che qualsiasi istituzione politica, generale o specifica, legata all'Organizzazione americana, può richiedere pareri consultivi alla Corte qualora vi sia un legittimo interesse a porre la questione. Ciò va valutato sulla base degli strumenti giuridici e delle altre norme applicabili a questi organi[238]; le probabilità che vengano accettate le richieste avanzate dalla Commissione e

[236] Nello specifico l'art. 64 dispone: "1. Gli Stati membri dell'Organizzazione possono consultare la Corte circa l'interpretazione della presente Convenzione o di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati americani. Nell'ambito delle loro rispettive competenze, anche gli organi di cui al Capitolo X della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, come emendata dal Protocollo di Buenos Aires, possono allo stesso modo consultare la Corte. 2. La Corte, su richiesta di uno Stato dell'Organizzazione, può fornire a tale Stato pareri relativi alla compatibilità di qualunque sua legge nazionale con gli strumenti internazionali citati al paragrafo precedente.

[237] Oltre alla Commissione e all'Assemblea generale gli organi che possono richiedere opinioni consultivi sono svariati dai ministri degli esteri riuniti ai diversi consigli – quello permanente, quello americano economico e sociale, quello sull'educazione, scienza e cultura – dal Comitato giuridico interamericano alla Segreteria generale, dalle conferenze specializzate alle organizzazioni specializzate.

[238] V. The effect of reservations on the entry into force of the American Convention, OC-2/82 del 24 settembre 1982, §14.

dall'Assemblea generale sono maggiori in quanto essi hanno un ampio potere in relazione alla promozione e all'*enforcement* dei diritti umani[239].

Apparentemente più problematici sono i casi in cui la Commissione richiede un'opinione consultiva su questioni inerenti gli accertamenti di violazioni convenzionali di uno Stato membro. In generale, la Corte accoglie l'istanza della Commissione poiché, in qualità di organo dell'OAS, essa ha il diritto di chiedere ai giudici la risoluzione di controversie giuridiche strettamente legate alle attività attribuite dalla Convenzione[240]. Del resto, sarebbe inconcepibile il contrario in quanto, come la stessa Corte ha affermato, se venisse negata tale possibilità soltanto perchè uno Stato membro è coinvolto non vi sarebbe mai l'opportunità di formulare pareri richiesti dall'Assemblea generale sulle proposte di risoluzioni indirizzate ai paesi per ottemperare agli obblighi sul rispetto dei diritti umani.

In relazione ai trattati oggetto di opinioni consultive, l'art. 64 specifica che, oltre alla Convenzione, qualsiasi altro accordo concernente la protezione dei diritti umani negli Stati americani può essere soggetto all'interpretazione della Corte. Se appare superfluo soffermarsi sul riferimento alla Convenzione, lo stesso non può dirsi per la locuzione "altri trattati".

Agli esordi dell'attività della Corte, il testo dell'art. 64 così come redatto lasciava spazio a molteplici dubbi sciolti poi dalla stessa giurisprudenza consultiva. Innanzitutto, ci si chiedeva su quali altri trattati oltre alla Convenzione potevano essere richiesti dei pareri; se quelli direttamente stipulati nell'ambito del sistema interamericano o sugli accordi i cui firmatari erano esclusivamente i paesi americani. La Corte ha risposto negativamente a entrambe le limitazioni[241], estendendo la propria giurisdizione consultiva su qualsiasi trattato bilaterale o multilaterale riferito anche indirettamente alla protezione dei diritti umani. I giudici interamericani potrebbero così accogliere le richieste di pareri consultivi su trattati di natura economica e commerciale che contengono tuttavia disposizioni sui diritti umani.

---

[239] Ibidem §16. La Corte ha stabilito in particolare che la Commissione ha un potere assoluto nella richiesta di opinioni consultive.

[240] La Corte ad esempio ha dato ragione alla Commissione nel caso Restrictions to the Death penalty, cit., §11, sull'ammissibilità di una richiesta di opinione consultiva circa l'interpretazione delle riserve che il Guatamela aveva apposto in relazione alla pena capitale. Il mero fatto che esista una disputa tra l'organo internazionale e lo Stato sul significato di una disposizione convenzionale non preclude alla Corte l'esercizio della giurisdizione consultiva.

[241] Cfr. Other Treaties, OC-1/82 del 24 settembre 1982, §1-8-20.

Ciononostante, va ribadito che la Corte esercita un assoluto potere discrezionale nell'ammissibilità dei pareri, scartando i casi che, in qualche modo, indeboliscono l'intero sistema. I giudici interamericani hanno avuto modo di stabilire che qualsiasi richiesta fatta per raggiungere scopi diversi dal rafforzamento della protezione dei diritti umani depotenzierebbe, oltre che il meccanismo convenzionale, la stessa giurisdizione consultiva della Corte[242]. Come sostenuto in dottrina, si potrebbe affermare che tutti i trattati internazionali afferenti ai diritti umani possono in teoria essere sottoposti all'interpretazione della Corte; essa eserciterà tuttavia il proprio potere tenendo conto del fine per cui l'interpretazione è stata richiesta e delle conseguenze che questa può avere sugli Stati o sugli organi al di fuori dal sistema interamericano[243].

Un ulteriore interrogativo si poneva nei confronti della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, stipulata dai paesi membri dell'OAS nel 1948. Questa non può essere considerata un vero trattato secondo l'accezione utilizzata dall'art. 64. Tale documento è infatti meramente dichiarativo, non vincolante per gli Stati firmatari, al pari della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. In realtà, la dichiarazione americana rappresenta anch'essa un'interpretazione autorevole degli obblighi in tema di protezione dei diritti umani imposti dalla Carta dell'Organizzazione ai paesi dell'OAS[244]. Sebbene non abbia le peculiarità proprie dei trattati, la Dichiarazione potrebbe essere comunque considerata parametro interpretativo dei diritti e quindi, a sua volta, oggetto di pareri consultivi. Tale impostazione è stata accolta dalla stessa Corte interamericana, la quale ha stabilito che sebbene la Dichiarazione americana non è definibile come un trattato *per se*, è ad ogni modo fonte di interpretazione autorevole della Carta dell'OAS[245].

Il terzo elemento chiave dell'art. 64 della Convenzione riguarda le opinioni consultive relative alla conformità del diritto interno, ai precetti convenzionali o a qualsiasi altro trattato concernente la protezione dei diritti umani negli Stati americani.

---

[242] *Ibidem*, §25.
[243] Così T. Buerghental, *The advisory practice of the Inter-American Human rights Court*, in Am. J. Int'l L., vol. 79, 1985, pag. 6.
[244] Tale larga impostazione è stata accolta dallo stesso Statuto della Commissione interamericana che, all'art. 1, nell'attribuzione delle competenze della Commissione, considera la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo fonte definitoria dei diritti umani.
[245] Cfr. l'opinione consultiva Interpretation of the American Declaration of the Rights and Duties of Man within the Framework of Article 64 of the American Convention on Human Rights del 14 luglio 1989, OC-10/89, §33-44.

Tale previsione risulta particolarmente interessante ai fini di questo lavoro in quanto è cruciale per risolvere preventivamente i problemi di violazione dei diritti umani[246]. Le caratteristiche rilevanti dei rimedi a livello sovranazionale sono: a) porre fine alla violazione; b) ripristinare la situazione precedente alla violazione; c) evitare future violazioni delle stesso tipo.

In ordine a quest'ultimo aspetto, attraverso le opinioni consultive, la Corte interamericana ha il potere di vagliare il diritto interno rispetto alla Convenzione, indirizzando gli Stati ad adottare norme che non darebbero luogo a future lesioni di diritti umani. Se è ovvio che il diritto interno si estende non solo alle previsioni legislative ma anche a quelle costituzionali, sublegislative e di carattere amministrativo, la Corte ha specificato che il suo potere consultivo non si limita all'interpretazione delle norme già esistenti ma anche a quelle di futura approvazione[247]. Se avesse sostenuto il contrario, essa si sarebbe preclusa la possibilità di agire preventivamente fallendo nel miglioramento del sistema di tutela dei diritti umani. Come la stessa Corte ha affermato:

> *"If the Court were to decline to hear a government's request for an advisory opinion because it concerned "proposed laws" and not laws duly promulgated and in force, this might in some cases have the consequence of forcing a government desiring the Court's opinion to violate the Convention by the formal adoption and possibly even application of the legislative measure, which steps would then be deemed to permit the appeal to the Court. Such a requirement would not "give effect" to the objectives of the Convention, for it does not advance the protection of the individual's basic human rights and freedoms.* […] *Experience indicates, moreover, that once a law has been promulgated, a very substantial amount of time is likely to elapse before it can be repealed or annulled, even when it has been determined to violate the state's international obligations"*[248].

[246] L'argomento verrà ripreso nel capitolo 4 quando si tenterà di tirare le somme dalla comparazione del sistema europeo e quello interamericano in tema di rimedi. Si può già anticipare sin d'ora che quella delle opinioni consultive, se introdotto anche in Europa, potrebbe rappresentare una valida *chance* per risolvere i problemi di raccordo tra la Cedu e gli Stati membri, favorendo un maggiore dialogo tra i Parlamenti nazionali e la Corte europea, in modo da recuperare il tratto essenziale di sussidiarietà della Cedu e investendo i legislatori interni di maggiori responsabilità nell'adozione di misure per proteggere i diritti umani.

[247] Cfr. Proposed amendments of the naturalization provisions of the Constitution of Costa Rica, OC-4/84, del 19 gennaio 1984, §14. Nello specifico lo Stato del Costa Rica aveva richiesto alla Corte un'opinione consultiva circa la conformità di una nuova legge costituzionale rispetto alla Convenzione nella fase della sua approvazione.

[248] *Ibidem*, §26-27.

Vero è comunque che il potere consultivo della Corte in termini di conformità del diritto interno alla Convenzione non è illimitato; essa deve prestare particolare attenzione a non entrare nel merito politico della questione, e quindi ad evitare di esprimere una preferenza tra le diverse impostazioni. Un accorgimento che gli stessi giudici hanno dichiarato di adottare[249] secondo il tipico atteggiamento di *self restraint* che qualsiasi Corte costituzionale o internazionale adotta.

2.4 Le disposizioni della Cedu e della Convenzione americana sul potere vincolante delle decisioni e sui rimedi

I trattati regionali sui diritti umani nascono, come precedentemente chiarito, sulla falsariga di quelli internazionali classici, senza prevedere al loro interno alcun meccanismo efficace in tema di *enforcement*. Il principio della sovranità statale ha sempre fatto da scudo a qualsiasi proposta finalizzata a creare una maggiore pervasività delle decisioni sovranazionali.

Sin dai lavori preparatori della carta europea e di quella americana dei diritti dell'uomo era emersa la volontà di evitare disposizioni precise che consentissero alle rispettive Corti di interferire nell'organizzazione legislativa e giudiziaria interna. Ciononostante, la particolare natura di tali convenzioni ha reso possibile nella prassi quanto precluso dall'interpretazione letterale dei testi, ammettendo ingerenze negli ordinamenti statali mai lontanamente previste. Il più delle volte, di fronte a gravi violazioni di diritti umani, non è sufficiente constatare la responsabilità dei paesi membri attendendo da questi un rimedio secondo le proprie disposizioni di legge. I giudici sovranazionali, qualora uno Stato dimostri una scarsa propensione a risarcire non solo pecuniariamente le vittime, si vedono costretti ad indicare i rimedi da adottare, siano essi di natura individuale o strutturale. L'interpretazione sistematica dei testi supporta questa impostazione evolutiva delle Corti, le quali fallirebbero nel garantire il rispetto delle Convenzioni se lasciassero prive di effetto le pronunce emanate.

[249] *Ibidem*, §29-30.

Nonostante ciò, esistono fondamentali differenze tra il sistema europeo e quello americano sia per il tenore letterale delle disposizioni convenzionali relative alla natura obbligatoria delle sentenze, sia per l'evoluzione della prassi giurisprudenziale. A questo si aggiunge l'assetto delle competenze degli organi predisposti al monitoraggio dell'esecuzione interna delle decisioni.

Rimandando l'analisi della giurisprudenza delle due Corti in tema di rimedi al prossimo capitolo, in questa sezione si esaminerà il quadro normativo di riferimento.

2.4.1 Le previsioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo

La Convenzione europea dedica ben due disposizioni al tema dell'esecuzione delle sentenze delle Corte che, tuttavia, sono state per lungo tempo sottovalutate. Pur presentando elementi di novità, gli estensori della Carta non hanno certamente inteso attribuire a queste norme un significato che andasse al di là dello schema tipico dei trattati internazionali. Malgrado ciò, per lungo tempo, la Corte e il Comitato dei ministri ne hanno dato un'interpretazione ancora più restrittiva rispetto a quella che comunemente si accorda a livello internazionale.

Le disposizioni di riferimento sono l'art. 41 e l'art. 46 che rispettivamente sanciscono:

> art. 41: "Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa.
>
> art. 46: "1. Le alte Parti Contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione".

Tali norme ricordano chiaramente i principali documenti internazionali; in particolare, l'art. 46 è stato costruito sulla base dell'art. 94 della Carta dell'Onu che al comma 1 stabilisce l'obbligo per ogni Stato membro di conformarsi alle decisioni della

Corte di giustizia internazionale, mentre al comma 2 prevede per l'ordinamento offeso la possibilità di ricorrere al Consiglio di sicurezza qualora l'altra Parte della controversia disattenda il contenuto della sentenza internazionale. In tal caso il Consiglio, se lo ritiene opportuno, può formulare delle raccomandazioni oppure decidere le misure da adottare per eseguire il giudizio della Corte[250].

È necessario tuttavia rimarcare una differenza sostanziale tra quanto disciplina l'Onu e quanto regola la Cedu relativamente al ruolo degli organi di controllo. Se il Consiglio di sicurezza sorveglia l'esecuzione della decisione della Corte di giustizia a seguito di una richiesta avanzata dallo Stato leso, lo stesso potere di supervisione invece rientra tra i compiti principali del Comitato dei ministri. I poteri del Consiglio di sicurezza si possono pertanto definire politici mentre quelli del Comitato dei ministri europeo hanno una natura giuridica[251]. Qualora la Corte europea condanni uno Stato per la violazione della Cedu, il Comitato ha il dovere preciso di aprire una procedura attraverso cui controllare l'adempimento alla pronuncia. Si tratta di una novità assoluta nel panorama delle carte internazionali, comprese quelle sui diritti umani. La Convenzione americana, infatti, non affida ad alcun organo in particolare il controllo sull'esecuzione delle sentenze e non fa alcun riferimento al tema[252].

Sebbene ciò renda la Cedu uno strumento all'avanguardia, non altrettanto la si può considerare per come il Comitato ha interpretato il ruolo di supervisore in passato. Come si vedrà più diffusamente in seguito, per lungo tempo esso ha ritenuto esaurito il proprio compito non appena gli Stati pagavano i danni quantificati nella sentenza della Corte[253]. Tale atteggiamento ha eluso persino un'interpretazione restrittiva dell'art. 41,

---

[250] Il testo originale dell'art. 94 della Carta delle Nazioni Unite prevede che: "1. Ciascun Membro delle Nazioni Unite si impegna a conformarsi alla decisione della Corte Internazionale di Giustizia in ogni controversia di cui esso sia parte. 2. Se una delle parti di una controversia non adempie agli obblighi che le incombono per effetto di una sentenza resa dalla Corte, l'altra parte può ricorrere al Consiglio di Sicurezza, il quale ha facoltà, ove lo ritenga necessario, di fare raccomandazioni o di decidere circa le misure da prendere perché la sentenza abbia esecuzione".

[251] Così si esprime A. Drzemczewski, *Art. 46, Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, pag. 688.

[252] Come si vedrà in seguito, tale lacuna convenzionale ha permesso alla Corte interamericana di attribuirsi autonomamente il potere di controllare l'esecuzione delle sentenze attraverso l'interpretazione sistematica della Convenzione supportata dalle consuetudini internazionali relative alla responsabilità statale.

[253] Sulla prassi del Comitato dei ministri europeo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in ordine all'applicazione degli artt. 41 e 46 Cedu si v. *infra* cap. 3, §3.2 .

il quale formalizzava pienamente quanto consolidato nella giurisprudenza internazionale anticipando lo schema proposto nell'ILC *draft articles*[254].

Prima di entrare nel merito della procedura di esecuzione della sentenza e della relativa disciplina dei rimedi come considerata dal sistema convenzionale, è bene fare alcune precisazioni per chiarire la valenza letterale delle disposizioni in esame. Innanzitutto è pacifico sostenere che, almeno testualmente, l'art. 46 non attribuisce alla Corte il potere di intervenire nella scelta delle misure da adottare per porre fine alla violazione. Questa disposizione si limita a stabilire il carattere vincolante della sentenza e il conseguente obbligo dello Stato a 'impegnarsi' per la sua esecuzione, scegliendo esso stesso i mezzi più idonei; se fosse vero il contrario non si spiegherebbe la presenza del comma 2 che assegna esplicitamente al Comitato dei ministri il controllo dell'esecuzione della decisione.

In definitiva, l'art. 46 si limita ad escludere l'ipotesi che gli Stati possano arbitrariamente decidere se conformarsi alle pronunce; per il fatto di aver aderito al sistema Cedu con la ratifica, essi sono obbligati ad accettare di conseguenza la giurisdizione della Corte pur avendo la facoltà di scegliere il modo con cui conformarsi[255].

In secondo luogo, anche il tenore letterale dell'art. 41 prova la scarsa forza delle sentenze della Corte di imporsi direttamente nel sistema giuridico interno. Esso, infatti, menziona solo le parti in giudizio e lascia aperta la possibilità agli Stati di come riconoscere una *restitutio in integrum* alla vittima che, se non pienamente risarcita, ha diritto a un'equa soddisfazione accordata direttamente dalla Corte europea. A differenza dell'art. 63 della Convenzione americana sui diritti dell'uomo, l'art. 41 non fa riferimento ad un eventuale potere della Corte di disporre della riparazione alle conseguenze dell'atto statale lesivo[256]; è dovere degli Stati rimediare conformemente al proprio diritto interno. Questa interpretazione è confermata dagli stessi lavori

[254] Sul punto si rimanda al cap. 1, §1.2.3.

[255] Il mancato adeguamento, peraltro raro nella storia della Convenzione, non comporta però alcuna conseguenza sul piano interno ma si limita a creare una responsabilità internazionale statale punibile con l'apertura di una procedura d'infrazione da parte dell'organo politico della Cedu. Il Comitato dei ministri, come si vedrà in seguito, potrebbe infatti decidere di sospendere o espellere il paese inadempiente dal Consiglio.

[256] V. *infra* §2.4.2 dello stesso capitolo. Si anticipa qui che l'art. 63 della Convenzione americana afferma espressamente che la Corte può indicare le misure individuali e generali da adottare affinché venga assicurato il ripristino della situazione precedente (*restitutio in integrum*).

preparatori della Cedu che, dopo un acceso dibattito, hanno portato alla redazione dell'art. 41[257] così come è oggi formulato.

All'epoca c'era chi riteneva indispensabile fornire alla Corte adeguati meccanismi sanzionatori che le permettessero di implementare la Convenzione; gli stessi consideravano giusto conferire alla Corte il potere di annullare leggi o altri atti in contrasto con la Cedu. Più nello specifico, essi erano convinti che:

> *"in the interest of human values and human liberty, the (proposed) Assembly should make proposals for the establishment of a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of his Charter (of Human Rights), and to this end any citizen of the associated countries shall have redress before the Court, at any time and with the least possible delay, of any violation of his rights as formulated in the Charter"*[258].

Tale proposta era stata tuttavia respinta con una votazione a maggioranza durante la seconda sessione dell'Assemblea consultiva, supportata da un report del Comitato dei ministri contrario ad una posizione così avanzata. Ciò che si temeva era l'istituzione di una Corte sovranazionale che, di fatto, si sarebbe comportata come un giudice di appello, allontanandosi così dal ruolo tipico di organo giurisdizionale internazionale[259]. La preoccupazione maggiore era legata al rispetto del principio della sovranità statale facilmente erodibile a causa di attribuzioni di competenze così ampie.

È probabilmente per questo stesso motivo che il Comitato dei ministri, nell'assolvere al compito di supervisore delle sentenze, si è limitato per lungo tempo a registrare l'avvenuto pagamento dell'equa soddisfazione accordata dalla Corte o a prendere atto delle misure individuali e generali che lo Stato spontaneamente adottava[260].

---

[257] Si ricorda che il testo dell'art. 41 corrispondeva all'art. 50 del vecchio testo convenzionale modificato col Protocollo n. 11, mentre l'attuale comma 1 dell'art. 46 era l'art. 53, e il comma 2 dell'art. 54.

[258] V. *Report of the control system of the European Convention of Human Rights*, H(92) 14, dicembre 1992, pag. 4, cit. in D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., nota n. 73, pag. 190.

[259] Per un resoconto dei lavori preparatori all'art. 41 della Cedu cfr. *Collected edition of the "Travaux Preparatoires" of the European Convention of human rights*, Council of Europe, vol. 1, 1975, pp. 301-303, cit. in D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, op. cit., nota n. 74, pag. 190.

[260] Anche il regolamento del Comitato adottato nel 1976 seguiva tale impostazione, specificando chiaramente che lo Stato responsabile della violazione accertata dalla Corte ha l'obbligo di informare il Comitato le misure adottate per dare attuazione alla sentenza e subordinava espressamente la chiusura della procedura alla verifica del Comitato dell'avvenuto pagamento dell'equo indennizzo stabilito dalla Corte senza fare alcun riferimento alle misure individuali o generali (Rules n. 1-4).

Il contenuto dell'art. 41 non restringeva tuttavia così ampiamente il campo d'azione del Comitato. La disposizione in esame nasce infatti sulla falsariga dei principi sui rimedi consolidati a livello internazionale. Questi, come più volte detto, danno la precedenza alla realizzazione della *restitutio in integrum* e, solo ove non sia possibile assicurarla, prevedono il risarcimento pecuniario dei danni.

L'art. 41, seppur dello stesso tenore, è stato applicato in modo inadeguato a causa all'inerzia del Comitato e della scarsa competenza dichiarata dalla Corte[261]. Gli Stati hanno così trovato un terreno favorevole per capovolgere l'ordine logico della disposizione a cui si fa riferimento, anteponendo la scelta della compensazione alla restituzione. Il più delle volte, gli ordinamenti nazionali si sono opposti adducendo l'impossibilità di una piena riparazione non solo perchè fisicamente irrealizzabile ma anche a causa del sistema giuridico interno che lo impediva. In tal modo, essi contravvenivano al principio sancito nella Convenzione di Vienna secondo il quale "una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato"[262].

Per anni l'art. 41 è stato dunque disatteso nel suo significato reale, eccetto per quegli ordinamenti che hanno recepito la Convenzione come fonte costituzionale o sublegislativa[263], ovvero frapposta tra Costituzione e legge ordinaria. Più di recente l'impostazione consueta è stata comunque tralasciata, optando per una via maggiormente persuasiva che condizionasse le decisioni degli Stati. L'allargamento a Est del Consiglio d'Europa, la conseguente crescita dei ricorsi e il tipo di violazioni lamentate hanno spronato gli organi di Strasburgo ad adottare posizioni più incisive; in particolare, a partire dalla fine degli anni ottanta, il Comitato dei ministri ha dato inizio ad una politica dei rimedi più incisiva sulle scelte interne da un punto di vista sostanziale, nonché procedurale.

[261] I casi che possono citarsi sono numerosi. Tra questi Marckx c. Belgio del 13 giugno 1979, Campbell c. Regno Unito del 22 marzo 1983, Papamichalopoulus c. Grecia del 31 ottobre 1995, Iatridis c. Grecia del 19 ottobre 2000.

[262] Art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

[263] Tra i paesi che hanno recepito la Convenzione a livello costituzionale vi è l'Austria, a livello sublegislativo invece vi sono il Belgio, Cipro, e la Francia. Sulle modalità d'incorporazione della Cedu nei deiversi paesi europei v. infra cap. 5, §5.2.

Per quanto riguarda la procedura, il Comitato, assistito dalla Direzione generale dei diritti dell'uomo[264], ha consolidato la prassi delle risoluzioni interinali[265] che si aggiungono a quella finale con cui il caso si chiude definitivamente. Con le prime, il paese responsabile ancora inadempiente è sollecitato a rimediare seguendo i suggerimenti proposti dal Comitato, il quale estende la propria competenza anche ai contenuti dei rimedi, supportato altresì dalla modifica occorsa al regolamento nel 2001 che prevedeva espressamente la valutazione delle misure individuali e generali adottate dagli Stati[266]. Oggi il caso si chiude soltanto qualora l'organo politico europeo ritenga che il paese responsabile abbia effettivamente posto fine alla violazione, relegando il pagamento dell'equa soddisfazione a misura secondaria.

Il quadro regolamentare attuale risulta ancora più perfezionato grazie alla particolare attenzione che l'Assemblea parlamentare e il Comitato stesso hanno dedicato al tema specifico dell'esecuzione delle sentenze europee. Nel maggio 2006, il Comitato dei ministri ha adottato un nuovo regolamento che, oltre a confermare il proprio controllo sulle misure individuali e generali, si pone anche il problema delle misure strutturali. Come si dirà successivamente, è ormai prassi della Corte indicare nelle sentenze alcuni rimedi generali da attuare qualora la violazione della Cedu interessa un numero elevato di ricorrenti a causa di una lacuna legislativa[267]. Sulla base del nuovo regolamento, il Comitato, al fine di condurre a termine il lavoro di supervisore, ha la facoltà di dare precedenza all'esecuzione di tali sentenze senza tuttavia ritardare l'esame di altri casi altrettanto gravi[268].

---

[264] La Direzione generale, che fa capo direttamente al Consiglio d'Europa, svolge gran parte del lavoro preliminare alla stesura delle risoluzioni del Comitato. Essa infatti studia le sentenze per individuare le misure individuali e generali più opportune da adottare, mantiene i contatti con lo Stato responsabile, istruisce le pratiche per le riunioni del Comitato e predispone le bozze delle risoluzioni del Comitato.

[265] Tali risoluzioni non erano previste nel regolamento del 1976 ma hanno iniziato ad essere utilizzate costantemente negli anni novanta tanto da aver portato il Comitato a codificarli nel nuovo regolamento del 2001.

[266] Cfr. l'art. 3 del Regolamento del Comitato del 2001.

[267] Nel prossimo capitolo in cui si esaminerà la giurisprudenza della Corte europea in tema di rimedi si porrà l'accento su tali sentenze dette pilota che Strasburgo ormai pronuncia in modo ricorrente grazie all'impulso del Comitato dei ministri dopo la risoluzione Res(2004)3. V. *infra* cap. 3, §3.2.5.

[268] La regola n. 4 dell'attuale Statuto del Comitato specifica infatti che: "1. The Committee of Ministers shall give priority to supervision of the execution of judgments in which the Court has identified what it considers a systemic problem in accordance with Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem. 2. The priority given to cases under the first paragraph of this Rule shall not be to the detriment of the priority to be given to other important cases, notably cases where the violation established has caused grave consequences for the injured party".

Nonostante gli importanti cambiamenti ora descritti, fino al 2004 gli organi europei non avevano sentito l'esigenza di modificare l'art. 46 della Cedu che, come detto, nella sua interpretazione letterale non fornisce validi supporti alla Corte per pronunciarsi in merito alle forme di riparazione. Con l'introduzione del Protocollo 14, non ancora entrato in vigore, lo scenario istituzionale potrebbe radicalmente cambiare in futuro. Nel nuovo testo Cedu verranno infatti aggiunti altri tre commi alla disposizione sopraccitata, i quali daranno maggiori poteri alla Corte anche in ordine all'esecuzione dei rimedi.

Il Comitato dei ministri potrà decidere, a maggioranza dei due terzi dei propri componenti, di richiedere alla Corte una sentenza d'interpretazione se ostacolato nello svolgimento delle sue mansioni oppure avrà la facoltà di deferire il caso alla Corte qualora l'Alta Parte contraente si rifiutasse di conformarsi alla sentenza definitiva[269]. Si tratta di una riforma che, se andrà in porto, legittimerà i giudici europei non solo a condannare lo Stato, bensì a specificare contemporaneamente il tipo di rimedio da adottare. Ben si comprende allora come, nei casi indicati, l'art. 46 potrà trovare una diretta applicazione perchè integrato dal contenuto della decisione.

2.4.2 Il testo della Convenzione americana

Al contrario di quella europea, la Convenzione americana attribuisce alla Corte di San Josè una giurisdizione piuttosto ampia in tema di rimedi. Oltre alla generica affermazione della natura vincolante e definitiva delle decisioni dei giudici contenuta

[269] Il testo dell'art. 46 risulterà allora di questo tenore: "1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. 2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution. 3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. 4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1. 5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case."

nell'art. 67[270], supportata dal comma 1 dell'art. 68 che prescrive l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi alle sentenze[271], nel comma 1 dell'art. 63 si stabiliscono i poteri della Corte in tema di rimedi, estendendo esplicitamente la propria competenza al di là della semplice previsione dell'equa soddisfazione.

Rispetto all'art. 41 della Cedu che, come si è visto, nella sua interpretazione letterale non consente alla Corte di Strasburgo di indicare direttamente le forme di riparazione che ritiene più adeguate, l'art. 63 della Carta americana ha un raggio d'azione maggiore consentendo ai giudici di indicare il rimedio opportuno. In esso infatti si dispone che:

> "Se la Corte ritiene che vi sia stata una violazione di un uno dei diritti o libertà protette dalla presente Convenzione, essa dispone che alla parte offesa sia assicurato il godimento del diritto o libertà violato. Se del caso la Corte dispone la riparazione delle conseguenze del provvedimento o della situazione costituente violazione di tale diritto o libertà e che alla parte offesa sia corrisposto un giusto indennizzo".

Affermare, come ha fatto anche la Corte interamericana, che uno Stato incorre in una responsabilità internazionale per atti compiuti illecitamente è pacifico, così come non è controverso sostenere che in tali casi le istituzioni interne sono tenute a porre fine alla violazione e a rimediare ai danni[272]. È diverso asserire che la stessa Corte latina possa indicare le forme di riparazione agli Stati, lasciando a questi un limitato margine decisionale. L'art. 63 della Convenzione rappresenta tuttavia un testo innovativo non solo rispetto alla Cedu[273] ma anche verso la neonata Carta africana[274] che, sebbene

[270] La prima parte dell'art. 67 della Convenzione americana afferma infatti che: "La sentenza della Corte è definitiva e non soggetta ad appello".
[271] Più precisamente il comma 1 dell'art. 68 stabilisce che: "Gli Stati Parti alla Convenzione si impegnano a dare esecuzione alla sentenza della Corte in tutti i casi in cui siano parti".
[272] V. caso Blake c. Guatemala (Reparations) del 22 gennaio 1999, §33.
[273] Un riconoscimento che gli stessi rappresentanti del Consiglio d'Europa hanno fatto in occasione della Conferenza sui lavori preparatori della Convenzione americana. Cfr. Council of Europe Report, il cui testo è riportato in T. Buergenthal e R. Norris (a cura di), *Human rights: The inter-American System*, Booklet 15, vol. 3, NY, 1982, pag. 81 ss..
[274] Il comma 1 dell'art. 27 del Protocollo della Carta africana dei diritti degli uomini e dei popoli che istituisce la Corte africana stabilisce infatti che: The Court shall make appropriate orders to remedy the violation, including the payment of fair compensation or reparation".

possa essere soggetta a una interpretazione estensiva, corre il rischio di rimanere lettera morta qualora la Corte concepisca il proprio ruolo in modo restrittivo[275].

Codificando un canone del diritto consuetudinario internazionale[276], l'art. 63 garantisce quindi alla Corte poteri ampi già da un punto di vista formale, senza la necessità di avventurarsi in interpretazioni palesemente forzate. La disposizione in esame è infatti il frutto di un emendamento al testo originario proposto dai rappresentanti del Guatemala con l'intento di attribuire alla Corte competenze maggiori in tema di rimedi. Se la prima bozza conferiva solo il potere di stabilire una compensazione pecuniaria per i danni causati, il disegno guatemalteco, sostanzialmente recepito nel testo definitivo, si spingeva in numerosi dettagli stabilendo principalmente:

> "che si deve porre fine alle conseguenze negative della decisione o alle misure che hanno delegittimato i diritti *della Convenzione*; che deve essere garantita alla parte lesa il godimento del diritto o della libertà violati e il pagamento di una giusta compensazione[277]".

La ragione di ciò non si evince dalle discussioni dei lavori preparatori, ma è presumibile che le particolari circostanze storiche e sociali in cui versavano gli stati dell'estremo occidente abbiano convinto gli esperti ad adottare un testo che, viste le gravi violazioni di diritti, permettesse alla Corte di intervenire anche in tema di rimedi. In definitiva, l'art. 63 conferisce ai giudici interamericani i tre poteri fondamentali in ordine alla riparazione di un danno: 1) assicurare alla vittima il futuro godimento del diritto violato; 2) rimediare alle conseguenze della violazione; 3) compensare i danni subiti[278]. Come la stessa Corte ha affermato, l'intento non è arricchire o impoverire la vittima attraverso il risarcimento pecuniario, bensì cancellare gli effetti della violazione

[275] Di tale avviso, J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-american Court of human rights*, op. cit., pag. 235.
[276] Ovvero il principio che a ogni violazione di un obbligo internazionale deve corrispondere un adeguato rimedio. Cfr. il caso Factory at Chorzòw, cit. di cui si è ampiamente riferito nel cap. 1, §1.2.1.
[277] Corsivo nostro. Osservazioni dei Governi degli Stati membri sul Draft Inter-American Convention on Protection of Human rights; Guatemala, OEA/Ser. K/ XVI/1.1 doc. (English) dell'8 novembre 1969, riportate in T. Buergenthal e R. Norris (a cura di), *Human rights: The inter-American System*, op. cit. Booklet 13, vol. 2, pp. 119-132.
[278] Così D. Shelton, *Remedies in International human rights law*, cit., pag.217.

statale commessa, ripristinando quando possibile lo *status quo ante*[279]. Un'impostazione che recepisce pienamente i principi del diritto internazionale consuetudinario ma che risulta estranea, almeno nel testo legislativo, al sistema europeo.

Ulteriori aspetti innovativi contenuti nella Convenzione americana riguardano l'esclusiva competenza della Corte a monitorare l'esecuzione delle sentenze e la relativa procedura. Se, come detto, nella Cedu tale potere è affidato all'organo politico del Comitato dei ministri, nell'organizzazione americana invece non si prevedono altre istituzioni, conferendo alla Corte più margine nel determinare i rimedi senza lasciare molto spazio agli Stati, in virtù del carattere giuridicamente vincolante delle proprie decisioni.

Secondo una prassi consolidata, i giudici sovranazionali americani si pronunciano sulle riparazioni successivamente alla sentenza di merito, solitamente al decorrere di sei mesi da questa. In tale lasso di tempo si lascia modo alla Stato e alle vittime di raggiungere spontaneamente un accordo sulle misure da adottare, concedendo agli individui un potere 'contrattuale' elevato. Il caso potrebbe rapidamente chiudersi solo se le parti stipulano tale accordo, opportunamente valutato dalla stessa Corte, la quale in caso contrario, al decorrere del termine indicato, si pronuncia anche in tema di riparazioni.

Oltre alle sentenze di merito e a quelle riparatorie, è consuetudine recente che la Corte emetta i cosiddetti *orders* con cui essa monitora lo stato di esecuzione da parte del paese incriminato e archivia completamente il caso nel momento in cui esso si è adeguato[280].

Le sentenze riparatorie e gli *orders* non sono previsti né nella Convenzione, né nello Statuto della Corte. L'apertura del testo convenzionale, in particolare l'art. 63, e la mancanza di un organo corrispondente al Comitato dei ministri europeo hanno fatto sì

[279] V. i casi Cesti Hurtado c. Perù (Reparations) del 31 maggio 2001, §34; The "Street Children" (Villagrán Morales et al.) c. Guatemala (Reparations), del 26 maggio 2001, § 61; The "White Van" (Paniagua Morales e altri.) c. Guatemala (Reparations), del 25 maggio 2001, § 77; Cantoral Benavides (Reparations) del 3 dicembre 2001, §40-41.

[280] Tali *orders* possono essere paragonati alle risoluzioni interinali del Comitato dei ministri a livello europeo con le quali esso constata se e quali misure lo Stato sta approntando per eseguire le sentenze della Corte di Strasburgo, indicando, qualora lo Stato sia inerte, le vie migliori. Tale giurisprudenza è stata inaugurata in tempi davvero recenti. Il primo caso di risoluzioni in termini di supervisione delle sentenze della Corte risale infatti all'1 giugno del 2001.

che i giudici americani abbiano allargato le proprie competenze anche nel monitoraggio delle esecuzioni delle sentenze. In un certo qual modo, la Corte si è autolegittimata stabilendo il potere di supervisionare le decisioni precedentemente emesse.

Nella sentenza storica sul tema, *Baena Ricardo e altri c. Panama*[281], la Corte si è basata su due constatazioni di fondo: innanzitutto l'assenza nel sistema interamericano di un organo corrispettivo al Comitato dei ministri europeo. In secondo luogo, l'esclusione di affidare all'Assemblea generale o al Consiglio permanente dell'OAS il compito di visionare la conformità alle sentenze. Sulla base dell'interpretazione dei lavori preparatori della Convenzione, la Corte ha messo in evidenza che, durante le discussioni, era emersa la necessità di introdurre una norma che garantisse alla Corte un'effettiva protezione giurisdizionale dei diritti umani. Tale posizione è stata recepita nell'art. 65[282], la cui lettura estensiva è stata accettata persino dall'Assemblea generale dell'OAS. In base a tale disposizione, la Corte riferisce all'Assemblea i casi in cui uno Stato non si è conformato alle proprie decisioni col potere di formulare delle raccomandazioni. Con gli *orders,* questa prerogativa è stata estesa ad una fase precedente, evitando l'invasione della politica nel rispetto dei diritti convenzionali, ovvero nell'esecuzione della sentenza sovranazionale.

Grazie al testo della Convenzione americana, la giurisprudenza della Corte ha potuto svilupparsi secondo modalità inedite rispetto agli altri tribunali internazionali, non limitandosi a denunciare la violazione di un diritto ma indicando precisamente i rimedi da adottare. Gli Stati, dal canto loro, non possono sottrarsi a tali obblighi data la natura vincolante delle decisioni della Corte. Le sue pronunce sono ormai considerate strumenti di *hard law* [283], a differenza delle raccomandazioni e delle risoluzioni degli organi politici come quelle del Comitato dei ministri europeo. Questi ultimi hanno solo un potere persuasivo sugli Stati ma sono ben lontani dall'avere una forza vincolante di una sentenza emanata da un giudice legittimamente autorizzato. In tal modo si mette in

[281] Decisione del 28 novembre 2003, §87-90.
[282] L'art. 65 dispone nello specifico che: "In occasione delle sessioni dell'Assemblea Generale dell'Organizzazione degli Stati Americani, la Corte sottopone alla considerazione dell'Assemblea un rapporto sul lavoro svolto nell'anno precedente. In esso vengono precisati, in particolare, i casi in cui uno Stato non ha dato esecuzione alle sentenze della Corte, avanzando in materia le opportune raccomandazioni".
[283] Così M. Tan, *Member state compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human rights*, in Int'l J. Legal Info., vol. 33, pag.343.

discussione il potere discrezionale degli ordinamenti interni sulle forme di riparazione assicurato dal sistema internazionale e da quello regionale europeo.

CAPITOLO 3

I RIMEDI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA E INTERAMERICANA

3.1 Introduzione

Il significato delle disposizioni sui rimedi di entrambe le Convenzioni regionali sui diritti dell'uomo è stato ampliato attraverso un'interpretazione estensiva delle rispettive Corti. L'analisi della giurisprudenza di questi organi sovranazionali mostra infatti un radicale cambio di prospettiva dei giudici, i quali hanno assunto un ruolo molto più attivo che permette loro di intervenire negli affari interni agli Stati.

Tale mutamento rappresenta innanzitutto una conseguenza naturale del carattere specifico dei trattati internazionali sui diritti umani, in particolar modo di quelli che prevedono un organo giurisdizionale competente a giudicare. La loro corretta interpretazione avrebbe dovuto far presagire sin dagli inizi che gli effetti sugli Stati sarebbero stati rilevanti. La rivoluzione concettuale non era di poco conto: protagonisti della lite giudiziaria non erano più *vis a vis* gli Stati ma questi ultimi e i singoli, prescindendo dalla loro specifica nazionalità. Se ci si pone dal punto di vista degli individui, oggi più consapevoli dei propri diritti, lo scenario necessariamente cambia. Forte della legittimazione che i singoli le attribuiscono, una Corte dei diritti non può, se riscontra delle violazioni, limitarsi a constatarle senza preoccuparsi di assicurare un pieno rimedio. In tali circostanze essa deve fare di più, ovvero impegnarsi a rimuovere al meglio le cause che hanno portato alla lesione dei diritti. Parallelamente alla progressiva presa di coscienza degli individui di avere a disposizione uno strumento utile e accessibile per ricevere un'assoluta protezione dei diritti, le Corti hanno cominciato ad assumere un atteggiamento meno recessivo, col risultato di una inevitabile rottura rispetto agli equilibri passati. Oltre a imporre l'obbligo dei rimedi

individuali, la Corte europea e quella interamericana oggi indicano anche quelli di carattere generale, nel caso di deficit strutturali negli ordinamenti interni.

La *ratio* alla base di tale comportamento è facilmente intuibile se si considerano da un lato l'aumento dei ricorsi proposti alle Corti, dall'altro l'incremento di casi che vedono violazioni gravi di diritti. Ciò rende più urgente per le Corti porsi in un'ottica preventiva: se si accerta la violazione di una libertà, altre simili possono compiersi a meno che il problema all'origine della lesione non sia eliminato. Lo schema della responsabilità statale in relazione al mancato rispetto della Cedu e della Convenzione americana può essere allora così schematizzato: gli Stati hanno l'obbligo a) di porre fine alla violazione; b) di fornire un adeguato rimedio per eliminare le conseguenze dell'atto contrarie a quanto la Convenzione stabilisce; c) di evitare simili violazioni in futuro.

È evidente che un sistema regionale di protezione dei diritti come quello europeo e quello interamericano hanno la necessità di poter utilizzare un ventaglio di soluzioni più ampie rispetto agli altri trattati, almeno per quanto riguarda la disciplina dei rimedi. Accanto a quelli individuali se ne possono predisporre altri di carattere generale, i quali toccano più da vicino la struttura giuridica degli Stati. Sebbene anche nell'ambito internazionale classico sia possibile richiedere il cambiamento di una situazione legale, ciò accade tuttavia solo per soddisfare una *restitutio in integrum*. È difficile infatti che simili violazioni possano ripresentarsi, in quanto sono gli Stati che eccepiscono tra loro norme di diritto internazionale per questioni specifiche e spesso irripetibili come, ad esempio, l'occupazione di territori, le violazioni di confini, l'utilizzo di risorse di altrui proprietà, l'acquisizione di beni di altri Stati.

Il cambiamento di approccio delle Corti regionali con riferimento alle forme di riparazione ha interessato queste ultime secondo tempi diversi: se la giurisprudenza sui rimedi della Corte interamericana ha mostrato da subito una spiccata tendenza verso il riconoscimento i effetti vincolanti delle sue pronunce, quella europea, al contrario, ha seguito tale linea solo più recentemente, quando la Corte stessa si è resa conto che l'esecuzione delle proprie sentenze rappresentava un elemento fondamentale del giudizio espresso. Soltanto fino a un decennio fa i giudici europei hanno asserito che:

> "*would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party…Execution of a*

judgment given by any court must therefore be regarded a an integral part of the 'trial'…the right of execution derives from the 'principle of the rule of law'"[284].

In questo capitolo appare quindi utile procedere con l'analisi della prassi delle due Corti sui rimedi, evidenziando i tratti evolutivi che la contraddistinguono.

3.2 La giurisprudenza della Corte europea

La riforma della Cedu, realizzata con l'introduzione del Protocollo n. 11 del 1998, ha contribuito decisamente al suo perfezionamento in tema di rimedi. L'apertura ai ricorsi diretti individuali ha rappresentato l'elemento principale su cui si concretizza la maggiore incidenza del sistema europeo negli ordinamenti statali. La Corte di Strasburgo ha iniziato ad interpretare il proprio ruolo in modo più dinamico, rispetto a quello originario, a seguito all'aumento delle domande proposte e all'allargamento del Consiglio d'Europa ai paesi dell'ex blocco comunista. Ai classici problemi di cui essa veniva investita, inerenti soprattutto il rispetto della vita privata e familiare e la libertà di espressione, si sono aggiunti casi che vedono violazioni statali più gravi rispetto a quelle dei vecchi paesi membri. Si pensi ad esempio alle violazioni di diritto alla vita e ai casi di tortura in Russia, per via della guerra in Cecenia, o ai problemi legati al giusto processo in Turchia e alla protezione del diritto di proprietà nei paesi dell'Est Europa. Queste situazioni rappresentano una concreta minaccia al principio democratico e al rispetto della *rule of law* e contribuiscono a incoraggiare la Corte ad assumerne un atteggiamento meno recessivo nella risoluzione dei casi proposti, per non venire meno al suo scopo primario[285].

Le circostanze appena descritte hanno sollecitato la Corte europea a considerare seriamente il potenziale di cui dispone al fine di essere più incisiva a livello statale in termini di *enforcement*. Consci che la semplice constatazione della violazione non rappresenta più un rimedio sufficiente, i giudici di Strasburgo prendono questa

[284] Hornsby c. Grecia del 19 marzo 1997, §40.

[285] Oltre all'intera giurisprudenza Cedu che non ha mai smentito questo suo primario compito è lo stesso preambolo che lo esplicita. Cfr. il c.do n. 4 della Convenzione: "I Governi firmatari, membri del Consiglio d'Europa riaffermato il loro profondo attaccamento a queste Libertà fondamentali che costituiscono le basi stesse della giustizia e della pace nel mondo e il cui mantenimento si fonda essenzialmente, da una parte, su un regime politico veramente democratico e, dall'altra, su una concezione comune e un comune rispetto dei Diritti dell'Uomo a cui essi si appellano".

direzione, anche col rischio di forzare oltremodo l'interpretazione della stessa Convenzione. Il loro non è un atteggiamento isolato nel Consiglio d'Europa, al contrario, è grazie soprattutto all'Assemblea generale e al Comitato dei ministri che si è fatta strada la convinzione di dover trovare strumenti idonei per rendere più efficace la Cedu. L'obiettivo ultimo degli organi di Strasburgo è stimolare gli ordinamenti nazionali ad applicare i precetti della Cedu in via preventiva, alla luce di quanto la giurisprudenza indica; ciò farebbe recuperare quella circolarità auspicata tra il sistema europeo e gli Stati in tema di protezione di diritti[286]. Da un punto di vista teorico, qualora condannati, gli Stati, seguendo le indicazioni date nella sentenza europea, non solo vi daranno una corretta esecuzione ma dovranno cercare al tempo stesso di evitare violazioni dello stesso tipo, facendo così propri i principi della Cedu.

Al fine di concretizzare ciò, il ruolo delle istituzioni politiche europee assume un'importanza cruciale, in particolare quello del Comitato dei ministri che, come detto, ha il potere di accertare l'esecuzione delle sentenze. Esso, infatti, nella fase di controllo può guidare le autorità nazionali nel senso sopra indicato e per questa ragione, col tempo, ha sviluppato una prassi significativa che esorta gli Stati a conformarsi alle decisioni di Strasburgo, precedendo una giurisprudenza della Corte più attenta alla fase dei rimedi.

Prima di proseguire con l'analisi di quest'ultima appare quindi necessario porre l'attenzione sul lavoro svolto dal Comitato.

3.2.1 Il ruolo rilevante del Comitato dei ministri europeo

L'odierna giurisprudenza della Corte europea è impegnata costantemente ad affinare tecniche per migliorare il rispetto delle sentenze pronunciate, grazie anche al fondamentale supporto del Comitato dei ministri. Quest'ultimo ha sottolineato per

[286] La dottrina internazionalistica è abbastanza uniforme nell'affermare che tra la Cedu e gli ordinamenti interni esiste un rapporto circolare nel senso che sono *in primis* gli Stati a dover applicare la Convenzione mentre la Corte europea interverrebbe solo in un secondo momento, nel caso di inottemperanza statale. Alla pronuncia dei giudici di Strasburgo deve quindi necessariamente seguire l'azione statale che, in sede di applicazione di quanto stabilito, chiude il cerchio. Per una più precisa specificazione sul punto A. Bultrini, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: considerazioni introduttive*, in Il Corriere giuridico, n. 5, 1999, 642-655 e P. H. Imbert, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e delle decisioni del Comitato dei ministri*, in Documenti e Giustizia, n. 1-2, 2000, 233-257.

primo la necessità di cambiare approccio in tema di *enforcement*, evidenziando come fosse opportuno suggerire con maggior incisività i rimedi da adottare, onde evitare che ricorsi simili congestionassero il lavoro della Corte. In tal senso, esso ha adottato risoluzioni importanti per le misure individuali e generali, condizionando la modalità di stesura delle sentenze della stessa Corte.

La prassi del Comitato dei ministri ha iniziato a mutare alla fine degli anni ottanta, sfociando nelle modifiche al proprio regolamento del 2001 e del 2006[287]. I motivi di tale cambiamento si possono imputare, come detto, a precisi eventi quali la riforma del Protocollo n. 11, che ha consentito l'accesso diretto alla Corte, e l'allargamento ai paesi dell'Est. Il crescente numero di ricorsi proposti a Strasburgo, molti dei quali hanno ad oggetto situazioni simili tra loro, ha portato gli organi europei a schierarsi, riguardo ai rimedi, su posizioni alquanto diverse rispetto alle fasi iniziali. Vale la pena allora ripercorre le diverse tappe evolutive che vedono come protagonista il Comitato dei ministri[288].

In una primissima fase, tale organo si limitava alla constatazione del pagamento, da parte del paese responsabile, dell'equa soddisfazione stabilita dalla Corte e, tutt'al più, prendeva atto, nella risoluzione finale, delle misure individuali e generali che lo Stato adottava spontaneamente. Un atteggiamento questo che iniziò a mutare con

[287] Sul quadro istituzionale di riferimento in ordine ai poteri del Comitato dei ministri sul controllo dell'esecuzione delle sentenza europee v. *supra* cap. 2, §2.4.1.

[288] L'argomento è stato ampiamente affrontato in dottrina. Tra i diversi contributi si rinvia a G. Raimondi, *L'obbligo degli Stati di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti umani negli affari nei quali essi sono parti: l'art. 46, primo comma, della Cedu*, in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, editoriale scientifica, 2003, pp. 39-50; P. H. Inbert, *L'exécution des arrêts de la Cour Europeénne des Droits de l'Homme. Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe* , in *La Corte europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, cit., pp. 20-39; B. Randazzo, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, Esi, 2006, pp. 295-317; M. de Salvia, *Execution of the judgments of the European Court of Human Rights: legal nature of the obligations of the States and european supervision of national legislative choices*, in *The status of international treaties of human rights*, cit., pp. 87-103; E. Bates, *Supervising the executionof judgments delivered by the European Court of Human RIghts. The challenges facing the Committee of Ministers*, in T. A. Christou e J. P. Raymnd (a cura di), *European Court of Human Rights, Remedies and Execution of judgments*, London, BIICl, 2005, pp. 49-106; F. G. E. Sundberg, *Control of execution of decision under the ECHR – some remarks on the Committee of Ministers'control of the proper implementation of decisions finding violations of the Convention*, in, G. Alfredsson, J. Grimheden, B. G. Ramcharan and A.de Zayas (a cura di), *International Human rights monitoring mechanisms* Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2001, pp.561-585; J. Harman, *Perspectives of the Committee of Ministers*, in H.R.L.J., vol. 1, n. 8, 2000, pp.296-297; P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 173-210.

gradualità anche se non uniformemente: sempre più frequentemente il caso veniva chiuso solo dopo aver accertato che lo Stato interessato avesse adottato le misure preannunciate al Comitato oppure al Direttore generale dei diritti umani o, ancora, non appena le autorità nazionali avessero presentato un progetto di legge al vaglio del proprio Parlamento[289].

A questa iniziale rottura rispetto al passato è seguita la fase odierna in cui il Comitato pretende provvedimenti statali per una rapida attuazione delle sentenze. Attraverso le risoluzioni interlocutorie, esso ha intrapreso un monitoraggio più dettagliato sulle azioni attuate dallo Stato responsabile, suggerendogli, qualora inerte, le misure individuali o generali più adeguate[290]. Ciò ha permesso al Comitato di formulare azioni concrete nei confronti dei singoli paesi inadempienti e, tramite raccomandazioni rilevanti, a tutti gli Stati.

Gli esempi in merito alle risoluzioni indirizzate agli Stati responsabili sono molteplici e possono rientrare in tre specifiche categorie: le risoluzioni in cui si verifica il pagamento dell'equa soddisfazione, quelle dove il controllo riguarda l'esecuzione della sentenza per rimediare a lesioni causate alle vittime e, infine, le risoluzioni in cui si accerta la conformità dello Stato alla sentenza europea attraverso misure generali.

In ordine al primo gruppo, il Comitato non ha incontrato ostacoli significativi; gli Stati, a parte alcune eccezioni, si sono sempre prontamente adoperati per risarcire i danni pecuniari[291]. Più controversi sono i casi in cui il Comitato suggerisce specifiche misure individuali, finalizzate a ripristinare la situazione precedente alla violazione. I maggiori problemi riguardano gli effetti che tali risoluzioni hanno nell'ordinamento interno. Le riparazioni che meglio soddisfano la *restitutio in integrum* consistono nell'attuazione di provvedimenti che contrastano le decisioni delle autorità statali competenti, secondo i principi della sovranità e della separazione dei poteri. Ben si

[289] Esempi del genere possono rinvenirsi in ordine all'esecuzione del caso Marckx c. Belgio del 13 giugno 1979, la cui risoluzione finale è stata adottata solo nel 1988 quando il Belgio aveva approvato una nuova legislazione in tema di diritto di famiglia.

[290] Sulla prassi delle risoluzioni interinali e la loro relativa codificazione v. *supra* cap. 2, § 2.4.4.

[291] Da quando la Convenzione europea è entrata in vigore si possono segnalare solo due casi in cui gli Stati hanno opposto resistenza al pagamento dei danni, si tratta delle sentenze Stran greek refineries and Stratis Andreadis c. Grecia del 9 dicembre 1994, Loizidou c. Turchia del 18 dicembre 1996. In entrambe le occasioni il Comitato ha dovuto ricorrere all'emanazione di svariate risoluzioni in cui nelle ultime minacciava la procedura d'infrazione prevista dallo Statuto del Consiglio d'Europa che nello specifico prevede la sospensione o l'espulsione del paese inadempiente dal Consiglio (art. 3 e 9 dello Statuto).

comprende allora come si possano verificare situazioni in cui gli Stati manifestano la loro reticenza, come nei casi in cui è necessario riaprire un procedimento per la violazione del diritto all'equo processo[292] oppure quando, in violazione del diritto di proprietà, l'unico rimedio possibile è la restituzione del bene sottratto illecitamente[293]. In tali circostanze, il Comitato ha recentemente mostrato un forte attivismo, senza indietreggiare di fronte ad espliciti rifiuti dello Stato. L'organo europeo insiste, infatti, sull'esecuzione della sentenza con la pubblicazione di risoluzioni interinali fino a quando il paese responsabile non adotta le misure necessarie[294].

Per quanto riguarda il controllo sull'adozione delle misure generali, per casi simili e ripetitivi, risultano necessari cambiamenti strutturali dell'ordinamento, al fine di

[292] Si ricorda che l'art. 6 della Cedu stabilisce che: "1. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale deciderà sia delle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che le venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità può pregiudicare gli interessi della giustizia. 2. Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. 3. In particolare, ogni accusato ha diritto a: a. essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in un modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; b. disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c. difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia; d. esaminare o far esaminare i testimoni a carico ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico nelle stesse condizioni dei testimoni a carico; e. farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata all'udienza".

[293] Il diritto di proprietà è garantito nell'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu il quale nello specifico sancisce: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

[294] Tra le risoluzioni in cui il Comitato adotta tale 'linea dura' circa l'adozione di misure individuali vi sono molti casi inerenti l'Italia tra cui Scozzari e Giunta del 13 luglio 2000, Dorigo del 9 settembre 1998 e FCB del 28 agosto 1991. Deve mettersi in evidenza che il caso Scozzari, sulla violazione del rispetto alla vita privata e familiare, e quello FCB, sulla violazione del diritto all'equo processo per la celebrazione del giudizio in contumacia non sono stati ancora chiusi nonostante le molteplici misure generali che l'ordinamento italiano ha adottato. Queste infatti, in base al principio dell'irretroattività delle leggi, riguardano i casi futuri e non possono essere applicate per quelli già chiusi, motivo per cui l'Italia risulta inadempiente dal punto di vista della *restitutio in integrum* che potrebbe realizzarsi nel primo caso permettendo il trasferimento dei minori in Belgio dove attualmente risiede la mamma mentre nel secondo nella ricelebrazione del processo a carico del ricorrente. Il caso Dorigo invece, dopo svariate fasi interlocutorie, è stato chiuso solo alla fine del 2007 avendo il Comitato constatato l'impegno dei giudici ordinari a dare diretta esecuzione alla sentenza europea concedendo la restituzione in termini. I dettagli dei casi appena citati saranno trattati nel cap. 5, §5.3 che verterà sugli effetti della Cedu nell'ordinamento italiano.

evitare future violazioni. In tali circostanze il Comitato indica dunque le riforme legislative o amministrative da intraprendere. A questo proposito è bene distinguere fra situazioni in cui le continue violazioni dipendono dalla natura stessa della disposizione legislativa interna e, al contrario, altre dove il mancato rispetto della Cedu ha origine per la cattiva applicazione della norma statale.

Nella prima ipotesi, l'adozione di misure generali dipende dalla modifica o abrogazione della legge o anche dall'approvazione di una nuova normativa; nella seconda ipotesi, invece, l'adempimento si ottiene con l'interpretazione 'conforme a Convenzione'. Come per le misure individuali, in entrambi i casi suddetti il Comitato ha dimostrato un certo vigore, convincendo gli Stati a sviluppare le misure suggerite[295].

Dal 2000 in poi il Comitato sviluppa una prassi che va al di là del caso concreto, rivolgendosi a tutti gli Stati e persino alla stessa Corte europea. Oltre alle risoluzioni che redige per controllare l'esecuzione di decisioni specifiche, esso infatti si pronuncia con raccomandazioni generiche indirizzate indistintamente agli Stati del Consiglio d'Europa[296]. Insieme con l'Assemblea parlamentare il Comitato ha inoltre adottato risoluzioni nei confronti della Corte, suggerendole tecniche di giudizio che evidenzino come i paesi responsabili siano tenuti ad adempiere ai propri obblighi.

Anche le raccomandazioni rivolte agli Stati si distinguono in quelle che contengono suggerimenti sulle misure individuali e quelle che indicano misure generali, di modo che si rendi evidente il tipo di problema che impedisce ai paesi membri il pieno rispetto della Cedu.

---

[295] In relazione all'indicazione di modifiche o abrogazioni di legge il Comitato ha fortemente contribuito a risolvere problemi strutturali in Turchia derivanti dalle continue violazioni della Cedu a causa delle azioni di forza di sicurezza. Esso ha spinto lo Stato turco ad adottare una nuova legge a riguardo. Altri esempi riguardano l'Italia, come i casi inerenti il controllo della corrispondenza dei detenuti, i processi in contumacia, o la ragionevole durata dei processi che hanno portato il nostro paese a riformare la materia. Rimane invece una sfida aperta la riforma della revisione dei processi, almeno in campo penale. Sul punto si rimanda alla lettura del cap. 5.

[296] Oltre all'incessante lavoro del Comitato dei ministri va messo in rilevo anche l'impegno dell'Assemblea parlamentare che ha adottato diverse risoluzioni proprio al fine di assicurare l'efficacia a lungo termine della Cedu puntando tutto sull'esecuzione delle sentenza. Tra tali documenti si possono segnalare la Raccomandazione 1477 (2000) del 28 settembre 2000; la Raccomandazione 1546 (2000) del 22 gennaio sull'implementazione dei giudizi della Corte europea; la risposta del Comitato dei ministri alla raccomandazione dell'Assemblea parlamentare n. 1477 del 9 gennaio 2002; il report Jurgens *Execution of judgments of the European Court of Human Rights* (Doc. 8808) del *Committee on Legal Affairs and Human Rights* in cui si fa una scrupolosa analisi sugli obblighi giuridici statali e sull'importanza di dare una celere e pronta attuazione alle decisioni, cercando così di sensibilizzare gli Stati sul problema.

In tema di rimedi individuali, va segnalata la raccomandazione relativa all'opportunità di riaprire i processi penali a seguito della violazione dell'art. 6 della Cedu[297]. Nelle sue linee essenziali tale documento contiene un elenco di ipotesi specifiche, al verificarsi delle quali gli Stati dovrebbero considerare seriamente di mettere in discussione il giudizio nazionale, riaprendo o revisionando il procedimento. La raccomandazione in sé rappresenta evidentemente una semplice esortazione che il Comitato fa alle autorità interne, limitando il suo oggetto alla sussistenza di precise condizioni. Si tratta dunque di un approccio molto cauto dell'organo, che rivela la consapevolezza di non detenere competenze specifiche per sostituirsi ai paesi nell'esecuzione della sentenza. In definitiva, nel documento in questione, il Comitato pone le basi per riconoscere la piena autonomia degli Stati nella scelta dei mezzi per adempiere agli obblighi presi; allo stesso tempo però persegue l'intento di ribadire la necessità di adottare forme concrete di rimedi, come la riapertura dei processi in ossequio all'art. 41 della Cedu, il quale antepone la *restitutio in integrum* alle forme di rimedio compensative.

Più nello specifico il Comitato suggerisce che la revisione del giudizio interno appare indispensabile, qualora si verifichi una delle seguenti ipotesi:

i. la parte offesa, a causa dell'esito della decisione interna, continua a subire serie conseguenze negative, le quali non sono adeguatamente riparate con l'equa soddisfazione e che possono essere eliminate solo attraverso il riesame;
ii. la sentenza della Corte induce a ritenere che a) la decisione interna impugnata è nel merito contraria alla Convenzione o b) la violazione riscontrata è rappresentata da errori procedurali o da mancanze talmente gravi da far sorgere seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale considerato.

A questa raccomandazione ne sono seguite altre numerose che, a differenza di quella esaminata, indicano la necessità di adottare misure generali per la risoluzione di problemi sistematici. Si possono citare a riguardo gli atti inerenti la verifica del Comitato sulla compatibilità dei disegni di legge e delle norme già esistenti con gli

[297] Cfr. Rec(2000)2E del 19 gennaio 2000 consultabile sul sito del Consiglio d'Europa alla pagina www.coe.int.

standard fissati dalla Convenzione europea[298]; la raccomandazione sul miglioramento dei rimedi domestici che insiste sulla loro concreta effettività[299]; la raccomandazione relativa alla necessità di istituire corsi universitari e training per gli operatori giuridici[300]; quella sulla pubblicazione e diffusione del testo della Convenzione e delle decisioni della Corte europea[301].

Tra quelle citate, risulta fondamentale la raccomandazione n. 6 del 2004 che ritorna sul miglioramento dei rimedi domestici. In essa il Comitato punta l'attenzione sull'importanza di applicare la Convenzione direttamente negli Stati membri in via preventiva, onde evitare i ricorsi alla Corte. Più che sulle forme di riparazione successive alla violazione, il documento in questione si sofferma sull'adeguata applicazione del diritto al rimedio, chiamando a raccolta soprattutto i giudici nazionali, i quali in sede di giudizio devono applicare le norme interne conformemente alla Cedu[302]. In tal modo il Comitato, rilevando che tutti gli Stati membri hanno reso la Convenzione parte integrante dei sistemi interni, fa della sua internalizzazione a livello legislativo e giudiziario un obiettivo da raggiungere.

Nello specifico, la raccomandazione incoraggia gli Stati membri a valutare i propri rispettivi ordinamenti alla luce della giurisprudenza europea, adottando misure appropriate per assicurare rimedi effettivi attraverso riforme legislative o interpretazioni giurisprudenziali[303]. Così facendo, il Comitato ha dato avvio e promosso una prassi che solo di recente si sta consolidando nella Corte europea. I giudici europei infatti sempre più spesso si rivolgono direttamente a quelli interni al fine di forzare, per quanto possibile, l'interpretazione di una disposizione nazionale in modo conforme a

[298] Cfr. Rec(2004)5E del 12 maggio 2004.
[299] Rec(2004)6E del 12 maggio 2004.
[300] Rec(2004)4E del 12 maggio 2004.
[301] Rec(2002)13E del 18 dicembre 2002.
[302] Si ricorda che la Cedu prevede espressamente all'art. 13 il diritto al rimedio effettivo inteso come diritto a ricorrere a un'istanza nazionale per una violazione subita. Tale disposizione è sempre stata considerata insieme all'art. 1 e all'art. 35 l'esplicitazione del principio di sussidiarietà a cui si conforma la Cedu. Essa infatti, stabilendo che i ricorrenti devono poter avvalersi di un giudice interno qualora si ritenga lesa una libertà della Cedu, antepone l'applicazione della Convenzione negli Stati lasciando intervenire la Corte europea in un momento successivo, esperiti i ricorsi interni. Nello specifico l'art. 13 della Cedu dispone: "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".
[303] Cfr. Rec (2004)6, p.to 4 dell'appendice alla raccomandazione.

Convenzione[304]. Ciò potrebbe avere un effetto di maggiore persuasione sugli organi interni, affinché questi conoscano approfonditamente e si adeguino alla giurisprudenza europea, per porre fine a violazioni di uno stesso tipo, anche quando non direttamente coinvolti. Una novità assoluta questa destinata a sortire effetti finora non calcolati, visto che da sempre le sentenze della Corte europea sono state considerate vincolanti solo nei confronti dei paesi condannati. Ben si comprende quindi come il ruolo del Comitato dei ministri si fa sempre più pressante, orientando gli Stati e la Corte verso un adeguamento incondizionato dei primi al sistema europeo.

Un altro segnale che mostra l'atteggiamento espansivo dell'attività di controllo e di indirizzo del Comitato dei ministri è l'irrobustimento della sua posizione dinanzi alla stessa Corte, attraverso risoluzioni ad essa rivolete direttamente. Nell'ultimo decennio il Comitato, con l'ausilio dell'Assembla parlamentare, ha aggiunto al controllo sull'esecuzione statale delle sentenze europee, l'elaborazione di atti che spingono i giudici europei a prendere posizioni nette in relazione alla disciplina dei rimedi. La Corte di Strasburgo si è sempre rifiutata di occuparsi direttamente delle modalità di attuazione delle proprie pronunce, riservando tale compito esclusivamente al Comitato. Ciononostante, i cambiamenti contestuali e le insistenze degli organi politici europei l'hanno convinta a cambiare orientamento. Il Comitato, nella stessa raccomandazione indirizzata agli Stati per migliorare i rimedi domestici, è intervenuto per incoraggiare la Corte a chiarire nelle sue sentenze le misure necessarie per risolvere violazioni sistematiche della Convenzione. Nello specifico questo atto prescrive che i giudici europei devono:

> "*I. as far as possible, to identify, in its judgments finding a violation of the Convention, what it considers to be an underlying systemic problem and the source of this problem, in particular when it is likely to give rise to numerous applications, so as to assist states in finding the appropriate solution and the Committee of Ministers in supervising the execution of judgments;*
> *II. to specially notify any judgment containing indications of the existence of a systemic problem and of the source of this problem not only to the state concerned and to the Committee of Ministers, but also to the Parliamentary Assembly, to the Secretary General of the Council of Europe and to the Council of Europe Commissioner for*

[304] V. *infra* § 3.2.4.

Human Rights, and to highlight such judgments in an appropriate manner in the database of the Court"[305].

La risoluzione in questione, unitamente agli atti adottati dall'Assemblea parlamentare, ha dato vita ad una nuova tipologia di pronunce della Corte definita sentenza pilota, la quale rappresenta il punto di svolta della giurisprudenza di Strasburgo sui rimedi[306].

Da quanto evidenziato non può che condividersi l'opinione espressa in dottrina secondo la quale la natura giuridica del Comitato dei ministri sia *quasi judicial*[307]. Seppur operando in un contesto politico e diplomatico, esso ha dimostrato nel tempo, anche e soprattutto a causa degli eventi contingenti, di avere acquistato una maggiore consapevolezza del proprio ruolo. Il Comitato, infatti, per assolvere al meglio al compito affidatogli, esamina e interpreta le conclusioni raggiunte nella sentenza per assicurare la sua corretta esecuzione. In definitiva, fornisce un concreto supporto agli Stati affinché questi si identifichino con il sistema europeo, anticipando le eventuali violazioni della Cedu.

In tale ottica risulta semplice anche trovare legittimazioni sul piano giuridico, e non solo politico, a questo nuovo approccio del Comitato. In relazione all'incidenza dei suoi 'consigli' sul tipo di misure individuali, le fondamenta giuridiche si ritrovano nell'art. 41 della Convenzione che, secondo l'unica interpretazione possibile, considera la *restitutio in integrum* prima forma di rimedio sostituibile con l'equa riparazione, qualora la prima non fosse concretizzabile.

Per quanto attiene al potere di convincere gli Stati all'adozione di provvedimenti generali, si può invece invocare l'interpretazione sistematica dell'art. 1 della Cedu con l'art. 3 dello Statuto del Consiglio d'Europa[308]. Com'è noto, l'art. 1 sancisce il principio secondo il quale sono gli Stati i primi depositari della Convenzione e, di conseguenza,

[305] Rec(2004)3E del 12 maggio 2004.
[306] Per un commento più dettagliato su tale tipo di sentenza v. infra §3.2.5.
[307] Così si esprime M. de Salvia, *Execution of the judgments of the European Court of Human Rights: legal nature of the obligations of the States and european supervision of national legislative choices*, in *The status of international treaties of human rights*, cit., pag.89.
[308] Sulla spiegazione offerta riguardo alle basi giuridiche del potere giudiziario del Comitato è dello stesso avviso M. de Salvia, *ibidem*.

ad essi spetta principalmente il compito di assicurare i diritti contemplati nella Cedu[309]. Un concetto ribadito questo anche nell'art. 3 dello Statuto, in cui si specifica che ciascun paese membro deve accettare i principi dello stato di diritto, assicurando agli individui soggetti alla propria giurisdizione il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali. Il supporto agli Stati nella scelta dei mezzi per garantire il rispetto delle disposizioni Cedu pare essere quindi il ruolo più appropriato da affidare al Comitato dei ministri.

3.2.2 L'approccio della Corte europea alla disciplina dei rimedi

Si è già avuto modo di accennare all'orientamento della Corte di Strasburgo in merito all'*enforcement* delle violazioni convenzionali accertate. Essa ha sempre rifiutato di svolgere una funzione attiva, relegando tale compito agli Stati coadiuvati dal Comitato dei ministri. Un approccio così prudente è stato interpretato dalla dottrina come inevitabile poiché, inizialmente, vi era la necessità di creare un clima di fiducia che inducesse gli Stati a non temere il potere di una Corte internazionale in grado di minacciare la loro sovranità. Strasburgo necessitava pertanto di guadagnarsi uno spazio nell'ordine pubblico europeo acquisendo una certa autorevolezza; la Corte non poteva mettere a rischio il proprio ruolo dettando direttive agli Stati che facilmente le avrebbero disattese[310]. Inoltre, come detto, le disposizioni della Cedu sull'effettività delle sentenze, secondo un'interpretazione letterale, non consentivano all'organo giudiziario di esercitare una competenza specifica anche in ordine ai rimedi da adottare.

La situazione cambia non appena muta lo scenario europeo a causa della riforma del sistema, nonché della crescita dei numeri dei paesi aderenti al Consiglio d'Europa. L'intensa attività del Comitato dei ministri e le pressioni dell'Assemblea parlamentare, conseguenti al congestionamento del sistema europeo, hanno reso la Corte più reattiva. Ad un certo punto, quest'ultima ha avuto modo di affermare che:

[309] Nello specifico l'art. 1 della Cedu recita: "Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione".

[310] In questo senso D. Shelton, *Remedies in international human rights law,* cit., 2005.

"*would be illusory if a Contracting State's domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party…Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded a an integral part of the 'trial'…the right of execution derives from the 'principle of the rule of law'*"[311].

Gli articoli 41 e 46 della Cedu, inizialmente interpretati restrittivamente, sono oggi considerati dalla stessa Corte europea la base giuridica su cui può estendere la propria competenza in tema di rimedi. Principalmente negli ultimi tempi, essa va oltre i principi fissati dal diritto internazionale classico, avvicinandosi alla prassi della Corte interamericana che, su questo terreno, si mostra decisamente più avanzata.

Risulta necessario a questo punto ripercorre le tappe della giurisprudenza della Corte sottolineando i cambiamenti occorsi. Dopo una breve analisi relativa all'approccio iniziale dei giudici europei, si passeranno in rassegna i casi più significativi che evidenziano l'evolversi della prassi raggruppandoli in tre categorie: le sentenze che indicano misure individuali, quelle che raccomandano rimedi strutturali e, tra queste, le cosiddette sentenze pilota che risolvono in un unico giudizio altri numerosi casi già pendenti alla Corte o di sicuro proponimento futuro.

I giudici europei, in prima battuta, si limitavano alla semplice constatazione della violazione della Cedu, confidando nelle buone intenzioni degli Stati nel porre concreto riparo grazie anche all'aiuto del Comitato dei ministri. Il principio di sussidiarietà[312] che caratterizza il sistema convenzionale ha fatto sì che, per molti anni, la *declaratory judgment* fosse il modello di sentenza più consono. Fino alla riforma del 1998, la Corte ha espresso parere contrario non solo nell'indicare le misure individuali e generali[313] ma nell'accordare altresì l'equa soddisfazione così come previsto nell'art. 41[314]. Vi era il convincimento che la constatazione della violazione rappresentasse il rimedio migliore per prevenire illeciti futuri, nonché per riparare alla lesione avvenuta. In questo modo si determinava tuttavia un effetto perverso: il ricorrente riusciva ad

[311] Hornsby c. Grecia del 19 marzo 1997, §40.
[312] Sulla natura sussidiaria del sistema europeo v. *supra* cap. 2, § 2.2.
[313] La Corte europea sin dagli inizi ha ribadito la propria carenza di potere in ordine all'indicazione dei rimedi individuali o generali da adottare persino quando gli stessi ricorrenti glielo hanno richiesto. V. ad es. il caso Belilos c. Svizzera del 29 aprile 1988, §78.
[314] Tra i casi più noti si può citare Dudgeon c. Regno Unito del 24 febbraio 1983.

ottenere il riconoscimento della violazione ma, al tempo stesso, non veniva risarcito delle spese processuali sostenute.

In generale, i motivi alla base di tale resistenza sono legati essenzialmente alla natura dei ricorsi proposti, alle intenzioni delle vittime e alla buona o cattiva fede degli Stati e degli stessi ricorrenti. Nello specifico, i giudici spesso non si trovano di fronte a violazioni estremamente gravi, né i ricorrenti sono interessati a ricevere una somma di denaro propendendo per il semplice riconoscimento della violazione. L'indennizzo per i danni fisici e morali provocati è invece accordato qualora la condotta disdicevole dello Stato aggravi la condizione della vittima[315]. Se, al contrario, le autorità interne si vedono costrette a violare la Cedu per ragioni di pubblico interesse, la Corte si limita alla constatazione dell'illecito. La soddisfazione pecuniaria dipende anche dal comportamento delle vittime, ovvero se queste hanno o meno provocato la violazione[316] o non hanno escogitato il modo per ridurre al minimo i danni subiti[317].

In qualche occasione, tale atteggiamento è stato criticato in seno alla stessa Corte. Nel caso *Engel e altri c. Olanda* del 1976 alcuni giudici hanno espresso il loro dissenso nelle opinioni separate affermando che:

> "*According to Article 50 of the Convention, the Court shall afford, on the conditions laid down in that provision, "just satisfaction" to the injured party if it finds a breach of the Convention. It seems difficult to accept the proposition that the finding by the Court of a breach of the substantive provisions of the Convention, whilst constituting a condition for the application of Article 50, can at the same time be the consequence in law following from that same provision*"[318].

L'approccio molto prudente nei confronti dell'applicazione dell'art. 41 è posto in evidenza già nella prima decisione, caso *Lawless c. Irlanda* del 1960, in cui la Corte riconosce in via eccezionale il risarcimento pecuniario, influenzando decisamente la

[315] Tali condotte possono ricondursi ai casi in cui le autorità statali abusino chiaramente del proprio potere maltrattando le vittime tenute in custodia cautelare, o per l' eccessiva durata dei procedimenti. V. ad es. la decisione Allenet de Ribemont c. Francia del 10 febbraio 1995.
[316] Cfr. ad es. il caso McCann c. Regno Unito del 27 settembre 1995, §219.
[317] Come nei casi Sporrong e Lönnroth c. Svezia del 23 settembre 1982, §28, e Artico c. Italia del 13 maggio 1980, §41-45.
[318] Opinione separata dei giudici Ganshof van der Meersch e Evirigenis del caso Engel e altri c. Olanda (article 50) del 23 novembre 1976. Dello stesso avviso era l'opinione separata espressa dal giudice Bindshedler-Robert in cui egli insisteva sulla necessità di riconoscere i danni morali.

prassi successiva[319]. Nella sentenza in oggetto, i giudici europei hanno fissato criteri alquanto restrittivi per l'individuazione del legame causale tra la violazione subita e quanto anche moralmente sofferto, attribuendo un significato limitato al termine 'se necessario' utilizzato nella disposizione. Ciò ha fatto sì che la Corte accordasse sporadicamente il risarcimento pecuniario, il quale è stato concesso sempre più frequentemente dalla metà degli anni settanta in poi.

Ad ogni modo, già negli anni sessanta, la Corte stabiliva un criterio procedurale assai rilevante. Nel caso *Ringeisen c. Austria* del 1972, a seguito delle insistenze del paese condannato, il quale pretendeva l'avvio di un nuovo ricorso per stabilire l'ammontare dei danni con il relativo esaurimento delle vie interne, la Corte rigetta l'argomento considerandolo troppo formalistico ed estraneo al diritto internazionale. Essa, in definitiva, sancisce che la decisione riguardante l'indennizzo è parte integrante della sentenza di merito senza la necessità di attivare una procedura separata[320]. In particolare nella pronuncia si legge:

> *"in the interests of the proper administration of justice, that consideration of the reparation of damage flowing from a violation of the Convention should be entrusted to the judicial body which has found the violation in question. This link between the two matters is, moreover, fundamental to Article 50, the purpose of which is to enable the Court to afford without further delay just satisfaction to the person who is a victim of a violation"* [321].

Esistono tuttavia dei casi in cui la questione del danno non appare chiara perchè non sufficientemente trattata davanti alla Corte. In tali situazioni, quest'ultima può decidere di valutarla successivamente in una sentenza separata[322].

In definitiva, la giurisprudenza della Corte sull'equa riparazione mostra una scarsa attenzione nei confronti di tale rimedio. I criteri stabiliti presentano forti elementi di discrezionalità a causa di un approccio poco coerente che non consente di fissare standard certi. La Corte non ha ad oggi elaborato una teoria generale di riferimento in

[319] V. caso Lawless c. Irlanda (n. 1) del 14 novembre 1960, §20.
[320] Fanno eccezione quei casi in cui il diritto nazionale prevede un diritto chiaro e una procedura rapida che permetta di ottenere la riparazione. Cfr. ad es. i casi Schuler-Zgraggen c. Svizzera del 24 giugno 1993; Clooth c. Belgio del 12 dicembre 1991, §51-52.
[321] Cfr. il caso Reinsgen c. Austria del 22 giugno 1972, §15-16.
[322] V. ad es. il caso Sporrong e Lönnroth c. Svezia del 23 settembre 1982 e del 18 dicembre 1984.

materia, preferendo attenersi alle circostanze del caso concreto. Al contrario della Corte interamericana che riconosce sempre il risarcimento dei danni, sebbene considerato una forma integrativa,[323] i giudici europei non ritengono indispensabile tale rimedio al fine di assicurare un concreto rispetto dei diritti umani optando invece per la *declaratoy judgment*.

In un contesto in cui la Corte europea ha compiuto notevoli passi avanti nella disciplina dei rimedi, essa pare tuttora poco attenta all'applicazione dell'equa soddisfazione. La sua giurisprudenza risulta invece molto più incisiva con riguardo alle misure individuali e strutturali, distinguendo chiaramente i casi in cui gli Stati devono rimediare a violazioni che interessano il singolo ricorrente da quelli in cui è indispensabile correggere una deficienza strutturale per evitare futuri ricorsi.

Di regola, la Corte si rivolge in entrambe le ipotesi a tutti i poteri dello Stato senza specificarne nessuno. Nel diritto internazionale, in particolare nei sistemi sovranazionali per la tutela dei diritti umani, qualsiasi organo costituzionale è riconosciuto come destinatario dell'obbligo posto dal trattato[324], motivo per cui l'onere di conformarsi alle pronunce europee ricade sul legislatore, sui giudici nonché sulle autorità amministrative. È una tendenza solo recente quella in cui la Corte indica i soggetti destinatari della sentenza[325].

Ciononostante, qualunque sia l'organo tenuto a prendersi carico dell'esecuzione della sentenza di Strasburgo, si possono aprire scenari controversi. Nel caso fosse il legislatore, i problemi riguarderebbero l'applicazione del criterio temporale: se è vero che la nuova legge che sostituisce o modifica la precedente risolverebbe un problema strutturale, evitando in futuro nuove simili violazioni, è altrettanto vero che essa non

[323] Come si dirà nella sezione successiva di questo stesso capitolo la Corte interamericana si fa carico essa stessa di stabilire in maniera accurata l'ammontare dei danni da risarcire, consultando se del caso esperti della materia e ascoltando le parti.

[324] Nel diritto internazionale questa impostazione si giustifica alla luce del significato che si attribuisce al concetto di 'stato'. Come messo in evidenza da Arangio Ruiz "nessuno degli elementi costitutivi dello Stato, né il territorio, né il popolo, né l'ordinamento giuridico è realmente costitutivo dello Stato in senso internazionale". Ciò che invece rileva è la persona dello Stato intesa come una nozione simile a stato-governo, stato-apparato in cui l'insieme degli organi di governo esercitano un potere d'imperio nei confronti degli individui. V. G. Arangio Ruiz, *Diritto internazionale e personalità giuridica*, Bologna, Clueb, 1972, pp.44-45, cit. anche in P. Pirrone, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., nota n. 42, pag. 234.

[325] V. *infra* § 3.2.4 e 3.2.5. Si anticipa sin d'ora che si tratta di casi che vedono violazioni strutturali ripetitive che necessitano di una riforma legislativa che dovrà contenere i principi generali indicati dalla stessa sentenza europea (c.d. sentenza pilota), o i casi in cui si obbligano i giudici interni a fare un'interpretazione conforme a Convenzione di una legge già esistente.

rimedierebbe al caso che ha originato l'istanza europea. I principi dell'abrogazione e dell'irretroattività delle leggi impediscono al ricorrente di usufruire del cambiamento legislativo sebbene esso abbia ottenuto il riconoscimento della violazione. Nei casi dei rimedi individuali, infatti, la *restitutio in integrum* è più concretizzabile se a rispondere sono le autorità amministrative, le quali possono annullare un atto pubblico ripristinando la situazione precedente, come accade ad esempio per la restituzione di un bene espropriato illegittimamente.

Allo stesso modo, emergono difficoltà qualora siano i giudici ad essere chiamati ad applicare la sentenza europea. Innanzitutto questi sono obbligati ad eseguire una pronuncia europea in conflitto con l'interpretazione corrente di una disposizione di legge interna, alterandone il significato che il Parlamento le attribuiva[326]. In secondo luogo si metterebbe in discussione il principio della certezza del diritto in quanto nei sistemi di *civil law*, non valendo la regola del precedente, si corre il rischio di provocare un'applicazione difforme dei principi posti dalla giurisprudenza europea ad eccezione dei casi in cui sono la Corte costituzionale o la Cassazione a prendersi carico di tale impegno. Vi è da ammettere comunque che il principio della certezza del diritto vacilla sempre dinanzi alle decisioni giudiziarie, che siano esse interne delle Corti supreme o esterne, delle Corti sovranazionali. È la natura stessa dell'attività giudiziale che rende instabile tale principio soprattutto per quelle aree del diritto non accuratamente regolamentate dalla legge.

Non curandosi di tutto ciò, la Corte europea ha assunto in molti casi una posizione intransigente, ribadendo che tutti gli organi interni sono tenuti a rispettare le sue sentenze per assicurare un concreto rispetto dei diritti convenzionali. Strasburgo non considera in tale ottica né le difficoltà che i giudici interni possono incontrare nel

[326] È vero tuttavia che in tempi recenti si assiste a conflitti veri e propri tra i due poteri giudiziario e parlamentare non provocati soltanto per via dei rapporti con l'Europa ma che nascono in sede tutta nazionale. In definitiva i giudici non si limitano ad applicare la legge ma a stabilirne i suoi precisi contenuti arricchendone il significato. Probabili cause di questa tendenza si possono ravvisare sia per un'inerzia legislativa abbastanza evidente sia per l'insistenza della Corte costituzionale italiana a far adottare dai giudici l'interpretazione conforme a Costituzione, dandogli di fatto poteri interpretativi ampi. I maggiori casi di conflitto ultimamente manifestatisi riguarda l'applicazione della legge n. 40 del 2004 in tema di procreazione medicalmente assistititi e in particolare della restrizione che la legge pone sull'analisi preimpianto degli embrioni. In tale circostanza il tribunale di Cagliari il 24 settembre 2007 e il Tar del Lazio il 21 gennaio 2008 hanno emesso delle sentenze del tutto in conflitto con quanto la legge stabiliva.

favorire l'interpretazione convenzionale, né i problemi in cui potrebbero imbattersi i legislatori.

Questo approccio radicale trova una facile spiegazione se si considera il modo in cui la Corte concepisce l'ordinamento giuridico. Il suo punto di vista, infatti, si avvicina più ai sistemi di *common law* che di *civil law*, intuibile principalmente dal significato attribuito al concetto di riserva di legge. Non va dimenticato che i giudici europei considerano il termine 'legge' non nel senso classico di atto tipico normativo prodotto dal Parlamento, ma come fonte che può definirsi qualitativamente tale per la sua conoscibilità e sufficiente prevedibilità. La Corte europea considera dunque legge la produzione legislativa dei giudici e gli atti amministrativi, distaccandosi così dai canoni dei sistemi continentali. In diverse pronunce, essa ha specificato che l'espressione 'legge' va intesa in senso 'materiale' più che 'formale', includendovi sia il 'diritto scritto', tra cui anche i testi infralegislativi, sia il 'diritto non scritto'[327]. Strasburgo aggiunge a questo altri ingredienti tipici degli ordinamenti di *common law* come i principi di proporzionalità, equità e ragionevolezza, criteri questi legati al caso concreto e di piena disponibilità dei giudici europei e nazionali, i quali costruiscono insieme la tutela dei diritti. In quest'ottica risulta evidente che secondo il quadro delineato a livello europeo l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze grava non solo sul legislatore ma anche sui giudici.

A tal punto vale la pena soffermarsi sull'evoluzione dei tipi di rimedi individuali e generali disposti dalla Corte europea che prescrivono dei veri e propri obblighi di risultato restringendo i margini di discrezionalità statali solitamente accordati.

3.2.3 (segue) I rimedi individuali

In questa sezione si vogliono analizzare le categorie di casi che mettono in rilievo il mutamento della giurisprudenza europea in merito alle misure individuali. Si è più volte ricordato che la Corte europea ha escluso, per molto tempo, la possibilità di

[327] La giurisprudenza sul punto è molto vasta e risalente, basti pensare infatti che il primo caso in cui la Corte stabilisce cosa si intende per 'legge' è del 1984 (caso Malone c. Regno Unito) seguito poi da innumerevoli casi tra cui Lithgow c. Regno Unito dell'8 luglio 1986, Hentrich c. Francia del 22 settembre 1994, Leyla Sahin c. Turchia del 29 giugno 2004, fino al più recente Nacaryan e Deryan c. Turchia dell'8 gennaio 2008.

indicare essa stessa le misure necessarie a porre fine alle conseguenze prodotte dalla violazione della Cedu. Essa tutt'al più esprimeva, in sede di giudizio sull'equa soddisfazione, il proprio compiacimento qualora lo Stato avesse optato per la *restitutio in integrum*, in particolare per la riapertura del processo[328].

Dalla fine degli anni ottanta, la Corte comincia a poco a poco a rivendicare competenze anche a tal riguardo. Seppur ribadendo che gli Stati, con l'ausilio del Comitato dei ministri, sono liberi di scegliere i mezzi che più ritengono adeguati, nelle decisioni europee si pone un esplicito accento sul raggiungimento di una 'soglia minima' di rimedio, vale a dire che il paese responsabile deve dimostrare la compatibilità delle misure adottate con quanto stabilito[329].

Al fine di evidenziare le nuove tendenze della giurisprudenza Cedu in tema di rimedi individuali, è bene esaminare tre distinti filoni di decisioni che, più di altri, mostrano la necessità di assicurare *la restitutio in integrum*. Essi comprendono le sentenze inerenti la riapertura dei processi penali interni, quelle relative alle detenzioni illegittime e da ultimo i casi sulla restituzione della proprietà illecitamente sottratta.

La riapertura dei processi penali interni

Questo tipo di rimedio pone non pochi problemi di legittimità mettendo in discussione uno dei principi cardine dei diritti nazionali, ovvero quello dell'intangibilità della *res judicata*. Nondimeno, si tratta di uno dei rimedi individuali più richiesti dagli organi convenzionali per violazioni inerenti soprattutto gli articoli 5, 6 e 7 della Cedu[330].

In primo luogo, è il Comitato dei Ministri che insiste sul punto, avendo chiarito la propria posizione nella famosa raccomandazione di cui si è già riferito[331]. In tale

[328] È evidente la soddisfazione espressa dalla Corte nel caso Barberà, Messaguée Jabardo c. Spagna (article 50) del 13 giugno 1994.
[329] È quanto la Corte ha affermato nella sentenza Scozzari e Giunta c. Italia del 13 luglio 2000, §249 in cui si specifica che: "a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment".
[330] In generale l'art. 5 stabilisce il principio del rispetto della libertà personale, l'art. 6 del processo equo e l'art. 7 della tassatività della legge penale.
[331] Raccomandazione n. R(2000)2E. V. *supra* cap.3, §3.2.3.

documento il Comitato precisa a quali categorie di casi la riapertura del processo o il suo riesame appare il rimedio più congruo. Innanzitutto quelli in cui la vittima continua a soffrire della violazione subita, dove il semplice risarcimento pecuniario non rappresenta una giusta soddisfazione[332]. In secondo luogo, quei casi in cui le sentenze della Corte stabiliscono che: a) la decisione interna impugnata è nel merito contraria alla Convenzione; b) la violazione si fonda su un errore procedurale che mette in dubbio il risultato del processo stesso. Risulta evidente che i criteri scelti dal Comitato sono abbastanza restrittivi, riducendo drasticamente i casi in cui si prospetta l'obbligo della riapertura dei processi. Per questa ragione, probabilmente, la maggior parte degli Stati convenzionali hanno accolto la raccomandazione del Comitato incorporandola in via giurisprudenziale, oppure provvedendo a modificare la propria legislazione[333].

In merito, la Corte è stata abbastanza restia nel richiedere esplicitamente agli Stati la riapertura dei procedimenti nazionali, tuttavia l'ha indicata in recenti sentenze come un possibile rimedio, se non il migliore[334]. Tra queste, sono significativi quei casi che condannano la Turchia per aver predisposto dei processi senza assicurare l'indipendenza dei giudici[335].

Il Comitato dei ministri vede la riapertura dei processi come la miglior forma di riparazione sulla sola base dell'interpretazione che il diritto internazionale classico

[332] Appartiene a questa categoria il caso Dorigo c. Italia del 9 settembre 1998 che si è appena chiuso in sede europea per l'evidente inottemperanza dello Stato italiano nel fornire un rimedio adeguato. Ai tempi della condanna la Commissione europea aveva stabilito la violazione dell'art. 6 per un inadeguato uso dello strumento probatorio. Sono state numerose le sollecitazioni del Comitato dei ministri con l'emanazione di diverse risoluzioni interinali tutte orientate a suggerire come unico rimedio possibile la riapertura del processo ma attualmente il caso è pendente dinanzi alla Corte costituzionale italiana. Sul punto si rimanda al cap.5, §5.3.

[333] Ad oggi sono almeno 14 i paesi che hanno adottato una modifica legislativa tra cui la Germania, il Regno Unito, l'Austria, la Francia, la Svizzera e la Grecia. Risultano invece 7 quelli che si sono adeguati in via giurisprudenziale come Spagna, Belgio, Danimarca e Russia. Tra i pochi Stati che non hanno seguito la raccomandazione insieme alla Turchia vi è l'Italia. In merito cfr. D. Tega, *La revisione del processo penale dopo una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo?* in Quad. cost. n. 1 del 2007, pp. 192-196.

[334] È vero tuttavia che la Corte, seppur non ha mai esplicitamente richiesto la riapertura dei processi interni ha accolto tale rimedio favorevolmente quando gli Stati spontaneamente, o su suggerimento del Comitato dei ministri, hanno deciso di attuarlo. Nel caso ad es. Seydivic c. Italia dell'1 marzo del 2006, la Grande Camera afferma che in linea di principio la riapertura del processo rappresenta la forma di rimedio più opportuno, allo stesso tempo però "the specific remedial measures, if any, required of a respondent State in order for it to discharge its obligations under the Convention must depend on the particular circumstances of the individual case and be determined in the light of the Court's judgment in that case, and with due regard to the Court's case-law" (§ 126). La stessa posizione era stata ribadita dalla Grande Camera nel caso Öcalan c. Turchia del 12 maggio 2005, §210.

[335] Tra le tante decisioni Akkaş c. Turchia, Çakar c. Turchia, Gençel c. Turchia, Hayrettin Barbaros Yilmaz c. Turchia, Mesut Erdoğan c. Turchia, tutte pubblicate il 23 ottobre 2003.

attribuisce al principio della *restitutio in integrum*; la Corte, dal canto suo, si spinge oltre, ravvisando nella lettura sistematica della Convenzione il possibile fondamento giuridico di tale rimedio. Punto di partenza dei giudici è il carattere sussidiario della Convenzione rispetto agli ordinamenti nazionali. Sono gli Stati i primi responsabili della tutela dei diritti Cedu e su di essi incombe pertanto l'onere di fornire un concreto rimedio per la loro violazione. Qualora essi risultino inadempienti è Strasburgo che, a livello sovranazionale, può sostituirsi ai paesi membri in modo da garantire il pieno rispetto della Convenzione. A supporto di ciò vi è la lettura congiunta degli articoli 1, 13 e 35 §1 Cedu. La stessa Corte ha affermato che:

> "*By virtue of Article 1 […] the primary responsibility for implementing and enforcing the guaranteed rights and freedoms is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Articles 13 and 35 § 1 of the Convention. The purpose of Article 35 § 1, which sets out the rule on exhaustion of domestic remedies, is to afford the Contracting States the opportunity of preventing or putting right the violations alleged against them before those allegations are submitted to the Court The rule in Article 35 § 1 is based on the assumption, reflected in Article 13 […], that there is an effective domestic remedy available in respect of the alleged breach of an individual's Convention rights . In that way, Article 13, giving direct expression to the States' obligation to protect human rights first and foremost within their own legal system, establishes an additional guarantee for an individual in order to ensure that he or she effectively enjoys those rights. The object of Article 13 […] is to provide a means whereby individuals can obtain relief at national level for violations of their Convention rights before having to set in motion the international machinery of complaint before the Court*"[336].

Seppure tale argomentazione sia stata utilizzata dalla Corte per chiarire l'interpretazione dell'art. 13, garanzia di un rimedio effettivo dinanzi alle autorità nazionali per la durata eccessiva dei processi, nulla impedisce che lo stesso schema possa essere utilizzato anche per altri aspetti dell'art. 6, come ad esempio i casi di processi iniqui. Unico rimedio possibile per eseguire la sentenza europea sarebbe in questa circostanza la riapertura del processo considerato che: a) la Corte di Strasburgo

[336] Kudla c. Polonia del 26 ottobre 2000, §152.

può essere adita soltanto dopo l'esaurimento delle vie interne (art. 35 §1); b) lo Stato inadempiente non ha garantito in prima battuta il rispetto dei diritti convenzionali relativi al giusto comportamento delle autorità giudiziarie o di pubblica sicurezza, così come impongono gli articoli 1 e 13 Cedu. La deroga al principio dell'intangibilità del giudicato sarebbe inevitabile ma in queste circostanze necessaria[337].

Un'altra via che potrebbe supportare la Corte europea a indicare nella stessa sentenza di merito la necessità di riaprire un processo interno è quella suggerita dal giudice Zupančič nell'opinione separata espressa nel caso *Lucà c. Italia*[338]. Anch'egli parte da una lettura sistematica della Convenzione ponendo l'accento sulla lettura combinata degli articoli 1 e 41 e, quindi, sull'idea di doversi sostituire agli ordinamenti interni qualora questi mostrino un disinteresse ad applicare la Cedu. Nello specifico il giudice ha affermato:

> *"Given the provisions of Article 1 of the Convention, there can be no doubt that the State party to the Convention is under a moral obligation to correct the violation of the human right found by this Court. Given the reference to the impossibility of full reparation in Article 41 (as a negative legal precondition for just satisfaction) the State party to the Convention is also under a legal obligation to explore fully the possibilities in its internal law in order to arrive at full restitutio in integrum.*
>
> *To suggest that this legal obligation of restitutio in integrum no longer exists subsequent to the finding of a violation by this Court, whether or not just satisfaction had been awarded, would go against both Article 1 and Article 41. It would go against Article 1 which clearly implies that the States are bound to do everything possible to correct the violation. Since this is the whole purpose of the Convention, this holds true a fortiori after it went undetected by the internal legal system but has, consequently, been identified by the so-called Strasbourg machinery. It would go against Article 41 because it presupposes that full restitution would be made unless the internal law proves constitutionally incapable of granting it"*[339].

[337] Dello stesso avviso P. Hein van Kampen, *Framework for a national post-trial procedure for redressing violations of the European Convention on human rights*, in *Remedies and execution of judgments*, Londra, 2005, pag. 109. Ma anche E. Lupo, La vincolatività delle sentenze della Corte europea per il giudice interno e la svolta recente della Cassazione civile e penale, http//.appinter.csm.it/incontri/relaz/14037.pdf, pp. 8-9.

[338] Caso Lucà c. Italia del 27 settembre 2001.

[339] *Ibidem*, opinione separata del giudice Zupančič, §2, in cui esprime il proprio dissenso alla decisione della Corte di limitarsi ad accordare solo un risarcimento pecuniario alla vittima per un processo dichiarato non conforme agli standard europei.

Se tali impostazioni venissero ribadite dalla Corte, gli Stati che ancora non prevedono la revisione dei processi a seguito di una sentenza europea non avrebbero la possibilità di scegliere altri mezzi per eseguirla. Si tratta, a ben vedere, di uno stravolgimento della lettera dell'art. 46 rispetto alla concezione sussidiaria della Convenzione.

Le detenzioni illegittime

La Corte non lascia discrezionalità alcuna agli Stati nel caso vi sia un'unica soluzione possibile per rimediare alla violazione di un diritto fondamentale. È questa l'ipotesi delle detenzioni illegittime accertate da Strasburgo, non solo sulla base delle disposizioni convenzionali ma anche delle leggi interne che non riescono ad essere applicate dai giudici nazionali. La *restitutio in integrum* in questi casi non può che concretizzarsi col rilascio delle vittime.

A quanto risulta, la Corte europea ha interpretato in questo modo l'art. 41 finora soltanto due volte, per casi molto simili tra loro; con il riconoscimento di un risarcimento pecuniario alle vittime è stato anche sancito il diktat preciso della scarcerazione. Tuttavia, questi rappresentano casi alquanto eccezionali, che possono comprendersi soltanto se opportunamente contestualizzati. È la stessa Corte a ribadirlo, sforzandosi di mantenere un'interpretazione fedele degli articoli 41 e 46.

Nel caso *Assanidze c. Georgia*[340], un ex sindaco di una cittadina nella provincia autonoma georgiana di Ajarian era stato condannato per una serie di accuse che poi si sono rivelate insussistenti. Durante le fasi giudiziarie il ricorrente, in via cautelare, era rimasto in carcere e, nonostante la decisione della Corte Suprema georgiana che aveva dichiarato la sua innocenza, il signor Assanidze non era stato liberato dalle autorità. Il Governo georgiano dal 2001, data della pronuncia della Corte Suprema, si è attivato per trovare il modo di scarcerare il ricorrente, predisponendo diverse misure politiche e giuridiche, senza tuttavia ottenere alcun successo. Nel 2004, quando si è pronunciata la Grande Camera di Strasburgo, Assanidze era ancora in carcere; tenendo conto dell'urgenza e delle circostanze particolari, i giudici non potevano che richiedere allo Stato di assicurare il rilascio del ricorrente nel più breve tempo possibile. Malgrado ciò,

[340] Caso Assanidze c. Georgia dell'8 aprile 2004.

la Corte ha osservato che questo passo in avanti senza precedenti in tema di rimedi non avrebbe dovuto essere generalizzato in quanto:

> "*by its very nature, the violation found in the instant case does not leave any real choice as to the measures required to remedy it*"[341].

Dello stesso tenore è il secondo caso, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*[342]. La Grande Camera ha deciso, in questa circostanza, che la detenzione di tre dei ricorrenti stabilita dalla Corte Suprema della repubblica moldava di Transdniestra, regione che si era dichiarata indipendente dal 1991 senza essere stata riconosciuta dalla comunità internazionale, era illegittima. Secondo quanto stabilito dalla Corte europea, spettava pertanto allo Stato moldavo approntare le misure adeguate per la liberazione delle vittime, richiamando quanto già asserito nel caso Assanidze ma, al tempo stesso, restringendo ancora di più i termini della riparazione. L'ordine impartito alle autorità interne era quello di assicurare un rilascio 'immediato', a differenza del caso georgiano in cui si parlava di rimedio da eseguire 'nel minor tempo possibile'.

A prescindere da queste differenze, la cui rilevanza si può cogliere alla luce della specificità dei casi, appare utile evidenziare in questa sede come la Corte europea risulti molto attiva in tema di rimedi per violazioni sostanziali dei diritti umani.

La restituzione della proprietà

Un altro esempio di casi in cui la Corte non si limita a constatare la lesione delle libertà Cedu ma indica la misura più adatta di *restitutio in integrum* riguarda la violazione del diritto di proprietà. È una tendenza, questa, affiorata in tempi non sospetti ma che si è acuita più recentemente tanto da aver spinto la Corte a raccomandare per questi casi anche misure generali. Il punto di partenza è sempre lo stesso, ovvero favorire quanto più possibile il ripristino della situazione precedente; ove ciò non fosse praticabile, accordare un risarcimento pecuniario per i danni subiti.

[341] *Ibidem* §202.
[342] Caso Ilascu e altri c. Moldavia e Russia dell'8 luglio 2004.

I casi di condanna sulla base dell'art. 1 del Protocollo 1[343] che più si prestano a una interpretazione fedele dell'art. 41 riguardano l'illegittima espropriazione della proprietà. In tal senso, una volta accertata la violazione, è intuibile che il rimedio più adeguato risulta essere la restituzione del bene. La Corte non si è infatti lasciata sfuggire l'occasione per ribadirlo sin dai primi casi in cui comunque il 'suggerimento' sui tipi di rimedi appariva un'eccezione. Rientrano tra questi la decisione *Papamichalopoulus c. Grecia*[344] in cui la Corte, seppur ribadendo che la scelta dei mezzi dovesse essere lasciata allo Stato, pose di fatto un *out out* alla Grecia, la quale si vide costretta a restituire i terreni contesi oppure a pagare una somma in denaro pari al loro valore attuale. Va da sé che in questo caso Strasburgo abbia confermato che qualora la restituzione sia possibile allora deve essere obbligatoria[345].

Su questa linea risulta molto interessante segnalare un particolare caso che dimostra una certa tendenza della Corte a porsi come giudice costituzionale poiché valuta la convenzionalità della legge interna. Sebbene si tratti ancora di una pronuncia isolata, qualora i principi in essa contenuti verranno consolidati nella giurisprudenza europea, sarà difficile negare questo mutamento sostanziale della natura del giudice europeo.

La decisione in questione è *Velikovi e altri c. Bulgaria*[346] in cui la Corte, al fine di assicurare la *restitutio in integrum* ai ricorrenti si trova costretta a porre criteri certi nel riassetto della legislazione statale in materia di regolamentazione della proprietà privata nei paesi dell'Est dopo la caduta del muro. In particolare, essa si esprime facendo ricorso a una tecnica che facilmente può paragonarsi a quella delle sentenze interpretative di rigetto o manipolative di accoglimento del nostro giudice delle leggi. Nella decisione infatti si distinguono diverse ipotesi che permettono alla Corte di

[343] Vale la pena forse ricordare che l'art. 1 del Protocollo 1 dispone che: "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.
Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".
[344] Papamichalopoulus c. Grecia, cit.
[345] Così P. Leach, *Beyond the Bug river – A new dawn for redress before the European Court of human rights?*, in E.H.R.L.R., vol. 2, 2005, 152.
[346] Caso Veiloki c. Bulgaria del 15 marzo 2007.

'salvare' o al contrario ritenere 'inconvenzionali' parti di una legge statale in quanto non conforme al dettato e allo spirito dell'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu[347].

Numerosi casi simili relativi al diritto di proprietà si sono susseguiti nella giurisprudenza della Corte, molti dei quali riguardavano gli stessi paesi. Ciò ha esortato i giudici europei a non limitarsi al rimedio del singolo ma a predisporre forme che evitino violazioni future dello stesso tipo, in quanto legate a problemi strutturali. Vale la pena allora a questo punto analizzarne alcune.

3.2.4 (segue) L'indicazione di misure generali

La Corte suggerisce agli Stati misure di carattere generale se riscontra violazioni ripetitive, ovvero quelle su cui si era già espressa dichiarando la violazione Cedu ma ripresentate in termini identici. La forma di tali rimedi si sostanzia o nella modifica degli orientamenti giurisprudenziali o nella revisione di leggi statali.

La prima ipotesi, seppur delineatasi in passato, ha cominciato a prendere piede solo negli ultimi tempi quando la Corte ha deciso di insistere sull'interpretazione conforme a Convenzione. Al fine di verificare la sussistenza di una violazione, Strasburgo ha sempre mostrato una certa attitudine a valutare nello specifico la qualità delle leggi interne.

Uno dei test che la Corte abitualmente fa prima di prendere una decisione sul caso è controllare se la limitazione del diritto contestato è prescritta da una legge intesa, come detto, non solo come atto formale del Parlamento ma anche come qualsiasi altra produzione giuridica. In tal modo, essa non si limita a sindacare le specifiche disposizioni di legge ma persino il modo in cui i giudici e gli organi amministrativi ne hanno dato applicazione. In definitiva, la Corte verifica se l'interpretazione e

[347] Più in particolare, a fronte di una legislazione bulgara che ha indistintamente sottratto ai proprietari quegli immobili assegnati dal regime comunista per riconsegnarli ai vecchi proprietari, Strasburgo opera delle distinzioni precise individuando quattro diverse ipotesi. Nonostante i primi possessori potevano ancora vantare un legittimo titolo di proprietà si deve tener conto, sostiene la Corte, delle situazioni in cui versano gli acquirenti del periodo totalitario. A tal proposito vanno distinti quei casi in cui in primo luogo vi è stato abuso di potere di questi ultimi, in secondo luogo quelli in cui c'è una sostanziale violazione della legge che regolamenta attualmente il diritto di proprietà, in terzo luogo i casi in cui solo la pubblica amministrazione è responsabile della nullità del titolo, da ultimo quelli in cui vi è stata un'interpretazione estensiva della legge stessa. Nelle prime due ipotesi l'esproprio si ritiene legittimo, il contrario nelle ultime due.

l'applicazione degli atti interni è avvenuta alla luce dei precetti convenzionali; in caso negativo essa indica la via maestra che rende l'atto formale interno compatibile con la Convenzione. Secondo la posizione di Strasburgo, la sentenza europea definitiva assurge dunque a parametro di legittimità delle fonti nazionali, dichiarando la lesione di un diritto fondamentale qualora sia mancato lo sforzo interpretativo.

Considerando la sussidiarietà del sistema Cedu, risulta evidente che l'impostazione appena descritta assume rilevanza soltanto in un'ottica preventiva, ovvero come punto di riferimento per le decisioni future dei giudici interni. Il caso concreto che ha dato origine al ricorso è stato già giudicato dalle autorità nazionali con una sentenza definitiva passata in giudicato; sarebbe difficile ipotizzare che lo stesso ricorrente possa beneficiare della decisione della Corte europea che condanna i giudici per la mancata interpretazione a Convenzione a meno che gli ordinamenti statali non prevedano norme che consentano di riaprire il processo per violazione della Cedu[348].

Sostanzialmente diversa è invece la situazione in cui la stessa legge, ritenuta dalla Corte europea compatibile con la Convenzione a condizione che i giudici la interpretino conformemente ad essa, si trovasse ad essere applicata in nuovi casi futuri. In tali circostanze i giudici si vedrebbero costretti ad applicare la disposizione normativa secondo quanto indicato dall'Europa. Tale schema non è tuttavia così lineare poiché emergerebbero due questioni giuridiche abbastanza problematiche: l'una attiene all'identificazione della giurisprudenza europea di riferimento – quella pronunciata nei confronti del proprio paese o nei confronti di tutti gli Stati membri; l'altra riguarda la concreta possibilità che l'autorità giudiziaria dia seguito alle sentenze Cedu.

Sul primo punto, la Corte europea ha sempre ribadito che le sue decisioni si limitano a vincolare gli Stati chiamati in giudizio, ciò in ossequio all'art. 46 della Cedu che richiama espressamente solo le Parti contraenti "ad impegnarsi a conformarsi alle sentenze nelle quali sono coinvolte"[349]. Di conseguenza, si può senza dubbio asserire che la giurisprudenza consolidata europea deve trovare applicazione, come completamento delle disposizioni convenzionali di natura non immediatamente precettiva, negli ordinamenti interni a cui si riferisce.

[348] Si è già ribadito che sono ormai numerosi i paesi che prevedono la revisione o la riapertura dei processi a seguito di una condanna della Cedu. V. *supra* nota n. 50.
[349] Comma 1 dell'art. 46 della Convenzione europea.

Non sono mancate tuttavia occasioni in cui gli Stati, non direttamente coinvolti, si siano trovati a dare attuazione ai principi fissati dalla Corte europea sia attraverso l'azione parlamentare, modificando le disposizioni legislative, sia con l'interpretazione adeguatrice dei giudici[350]. Si deve ammettere che se ciò avviene, è sulla base di un atto volontario interno agli Stati e mai, almeno finora, sulla spinta di indicazioni esplicite da parte dell'Europa.

Se da un lato in questo modo si avvalora la tesi del potere persuasivo della giurisprudenza europea, dall'altro affiorano alcune perplessità in linea di principio. Considerando che quello Cedu nasce come 'giudice del caso concreto', pertanto rispettoso delle particolarità proprie di ciascun ordinamento, l'idea che qualsiasi limitazione imposta dalla Corte possa conciliarsi con le tradizioni di tutti i singoli paesi svaluterebbe lo stesso ruolo della Convenzione – una carta che garantisce uno standard minimo dei diritti fondamentali in relazione a un obiettivo ancora più primario, il rispetto dei principi dello stato di diritto.

Tali dubbi acquistano ancora più spazio in relazione all'attuale assetto geopolitico del Consiglio europeo che comprende Stati profondamente diversi gli uni dagli altri per storia e problemi. Non è difficile comprendere come una pronuncia europea espressa nei confronti ad esempio della Turchia, della Russia o degli altri paesi dell'Est non troverebbe molto spazio se fosse rivolta gli Stati più occidentali che soffrono lacune di differente natura.

Come si evince dalla giurisprudenza europea, se non anche dal principio di sussidiarietà della Cedu, la Corte è chiamata a rispondere a un problema specifico individuale legato al contesto in cui sorge. Essa nel decidere è quindi fortemente condizionata dalle circostanze del caso concreto ed è per questo che alcune pronunce possono essere comprese solo se circoscritte a un determinato ambito territoriale[351]. Di

[350] Particolarmente attenti al rispetto della giurisprudenza europea, senza necessariamente che questa si rivolga nello specifico nei loro confronti, sono il Belgio e l'Olanda che soprattutto nella riforma del diritto di famiglia ha tenuto conto dei principi posti da Strasburgo. Si v. ad. es il caso Marckx c. Belgio del 13 giugno 1979; Vermeire c. Belgio del 29 novembre 1991.

[351] Se non si considerasse ciò non si comprenderebbero alcune decisioni europee che appaiono in controtendenza rispetto ad altre prese antecedentemente o successivamente. A titolo esemplificativo si può citare il caso Ï.A. c. Turchia del 13 settembre 2005, in cui la Corte europea, seppur apoditticamente, non condanna lo Stato per violazione della libertà di manifestazione del pensiero nonostante l'editore di un ramonzo, in cui ironicamente si beffeggiava la figura del profeta Maometto, fosse stato incriminato. Secondo la Corte, per le particolari circostanze in cui versa la Turchia, la libertà d'espressione deve essere correttamente bilanciata con quella di culto in modo da non offendere oltremodo la sensibilità dei

conseguenza i giudici che, come afferma la Corte, sono obbligati a dare attuazione alle sentenze europee attraverso l'interpretazione conforme a Convenzione, farebbero bene ad optare al rispetto dei principi individuati limitatamente alle decisioni che si riferiscono al proprio paese.

In riferimento al secondo nodo riguardante il seguito delle decisioni europee, poiché non esiste un regola certa che riconosce il principio dell'effetto diretto delle sentenze europee, come nel caso delle decisioni della Corte di Giustizia europea, il rischio di un'applicazione solo parziale delle misure generali indicate dalla Corte è inevitabile. Più in particolare, nei sistemi di *civil law*, come la maggior parte di quelli europei, in assenza del principio del precedente l'applicazione della Cedu dipende dal grado di conoscenza di quest'ultima da parte dei giudici ordinari, ma anche dalla loro propensione a rispettare le sue norme.

Eppure la Corte europea non pare curarsi di questo problema, mostrandosi incline ad abbandonare la posizione di giudice individuale per enunciare principi generali secondo lo schema tipico della giustizia costituzionale. Le sue decisioni più recenti in termini di rimedi generali rivolte ai giudici oscillano tra sentenze interpretative di accoglimento, affermando l'illegittimità 'convenzionale' di una certa interpretazione data dai giudici, e sentenze adeguatici al fine di orientare la giurisprudenza futura dando impulso a una sorta di diritto vivente convenzionale.

Un primo modello di decisione europea che obbliga i giudici a dare esecuzione ai principi in essa posti risale al 1991; si tratta del caso *Vermeire c. Belgio*[352] in cui la Corte ha sottolineato che la mancanza di una legislazione adeguata interna non può permettere la sospensione della Cedu fino a quando non viene realizzata una nuova riforma[353]; motivo per cui i giudici interni sono i primi sui quali incombe l'obbligo di conformarsi alla decisione europea[354].

---

credenti. Una decisione questa che difficilmente sarebbe stata adottato nei confronti di altri paesi, più occidentali, del Consiglio d'Europa.

[352] Sentenza del 29 novembre 1991 in cui il Belgio veniva condannato per la violazione congiunta degli articoli 8 (rispetto della vita privata e familiare) e 14 (divieto di discriminazione) in quanto la propria legislazione escludeva dalle successioni testamentari i figli illegittimi.

[353] *Ibidem* §26.

[354] Questa interpretazione è stata accolta da G. Cohen-Joathan, *The place of the European Convention on human rights in the French legal order*, in *Le droit français et la Convention*, F. Sudre (a cura di), Parigi, P.U.F., 1994, 10-13.

Per svariato tempo la Corte europea non ha fatto riferimento a tale giurisprudenza, nonostante questa abbia prodotto dei risultati in quei paesi più 'europeisti' i cui giudici si sono mostrati propensi a dare esecuzione diretta ai canoni Cedu definiti nelle sentenze[355]. Soltanto più di recente la Corte ha incalzato in questa direzione, identificando nella motivazione della sentenza i giudici statali quali primi responsabili della violazione per una mancata interpretazione conforme a Convenzione, rendendo questi quindi i destinatari dell'obbligo di darne esecuzione.

Nel 2004 con il caso *Pla and Puncernau c. Andorra* la Corte condanna il Principato in quanto la Corte Suprema e quella costituzionale avevano dato un'interpretazione restrittiva alla legge nazionale che di per sé non era incompatibile con la Cedu[356]. Strasburgo ribadiva che devono essere in primo luogo le autorità nazionali, in particolari i giudici, a costruire ed applicare le leggi interne la Corte:

> *"in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14 and more broadly with the principles underlying the Convention"*[357].

Per giungere a tale tipo di conclusione, la Corte ricorda che il testo della Convenzione, strumento vivente che implica l'onere di adottare misure positive, deve essere interpretato alla luce delle condizioni attuali nonostante le disposizioni normative siano risalenti nel tempo. È dunque compito del giudice nazionale e convenzionale interpretare tali norme, adattandole al contesto sociale corrente in modo da renderle conformi a Convenzione[358].

---

[355] Si tratta di quegli stessi paesi che considerano di fatto anche la giurisprudenza rivolta ad alri Stati come vincolante anche per essi. V. *supra* nota n. 67.

[356] Caso Pla and Pucernao c. Andorra del 13 luglio 2004. Il ricorso era stato presentato per la vantata violazione del principio di non discriminazione (art. 14) in combinato disposto con il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8). Il caso aveva origine per l'esclusione dall'asse ereditario di un figlio acquisito avvalorata dall'interpretazione dei giudici nazionali. Secondo la lettura data dalla Corte europea la Costituzione e la legge sulle adozioni non davano adito a una discriminazione in base alla nascita, favorendo i nipoti biologici da quelli adottivi; sono stati i giudici a non aver saputo conciliare il contenuto del testamento con lo spirito della Convenzione provocando la sua violazione.

[357] I*bidem*, § 59 del caso Pla and Puncerman.

[358] *Ibidem*, § 62.

Ancora più rigorosa appare la prassi di questi due ultimi anni in cui la Corte europea arriva addirittura ad affermare in un caso, ad oggi isolato, il principio del primato della Convenzione e della sua relativa giurisprudenza, ritenendo queste pertanto direttamente applicabili dai giudici interni. Si tratta di un episodio abbastanza difficile da decifrare poiché non ci sono elementi giuridici precisi che supportino il principio enunciato dalla Corte; essa infatti non sembra fornire argomentazioni adeguate come se non avesse la necessità di precisare una dichiarazione così significativa e insolita.

Se precedentemente Strasburgo si era spinta a considerare tale ipotesi solo nei confronti di quegli Stati che, nel sistema delle fonti interne, pongono espressamente la Cedu in una posizione gerarchicamente superiore alle leggi[359], nel caso *Dumitru Popescu c. Romania* ricorda impropriamente che il raccordo tra la Cedu e gli ordinamenti nazionali è basato sul primato della prima in quanto essa è ormai parte integrante dell'ordine giuridico interno[360].

Per attestarsi su tale posizione la Corte fa riferimento alla Raccomandazione del Comitato dei ministri del 2004 sul miglioramento dei rimedi interni in cui, come detto, l'organo politico raccomandava la diretta applicazione della Cedu avendone constatato la sua implementazione nel diritto nazionale[361]. Tuttavia, ciò non può essere evocato dalla Corte come un obbligo giuridico generale in quanto un principio del genere non può estendersi anche a quegli ordinamenti che non vedono la Cedu come norma primaria rispetto alle altre. La regola del primato si può applicare solo se è stata previamente accertata la fonte di recepimento della Convenzione negli ordinamenti interni la quale può variare da Stato a Stato.

La sua diretta applicazione può dunque trovare spazio esclusivamente in quei paesi in cui la Cedu è considerata al di sopra degli altri atti e in armonia con i principi costituzionali interni. In aggiunta, a differenza dei regolamenti CE e delle direttive comunitarie *self executing*, che sul piano interpretativo evocano il principio dell'effetto diretto, le norme convenzionali non appaiono di per sé così autonome da poter essere direttamente applicate, a meno che non esista una giurisprudenza così ampiamente

[359] Si veda ad es. il caso Perlala c. Grecia del 22 febbraio 2007 in cui la Corte condanna la Corte di Cassazione greca per non avere dato applicazione alla Convenzione nonostante la Costituzione ellenica preveda che essa abbia valore superiore a tutte le disposizioni di legge nazionali.
[360] Caso Dumitru Popescu c. Romania del 26 aprile 2007, §100.
[361] Sul contenuto dettagliato della Raccomandazione cit., v. *supra* in questo stesso cap., § 3.2.1.

consolidata che ne ha arricchito il loro contenuto. Non bisogna dimenticare tra l'altro che le norme della Comunità europea godono di tale prerogativa in quanto regolamentano in linea di principio ambiti di competenza diversi rispetto alle fonti interne, mentre la Cedu s'intreccia con le disposizioni nazionali, costituzionali e non, finora di stretta competenza degli Stati, alimentando a volte contrasti tra i due livelli ordinamentali[362].

Eppure la Corte non sembra preoccuparsi di apportare una base giuridica solida che le permetta di fissare il principio del primato in modo incontrovertibile, preferendo costruirlo passo dopo passo alla luce dei casi concreti, quasi a voler verificare le reazioni delle autorità interne per comprendere fino a che punto essa possa spingersi per abbandonare il ruolo di giudice individuale e diventare Corte dei principi.

Nel caso di specie sopraccitato, Strasburgo pare si sia fatta garante dell'interpretazione delle disposizioni nazionali in modo da renderle conformi alla Convenzione, sconfinando però dai suoi compiti. La Costituzione rumena infatti non afferma la superiorità della Cedu sulle altre norme nazionali, dichiarando molto più semplicemente che essa fa parte del diritto interno[363]. Nonostante ciò la Corte condanna i giudici nazionali per non aver forzato l'interpretazione delle leggi nazionali penali in modo da renderle conformi all'art. 6 della Cedu e per non aver fatto ricorso alla Corte costituzionale la quale poteva risolvere essa stessa il conflitto, dichiarando l'illegittimità della norma in esame con l'art. 11 della Costituzione[364].

In definitiva, i giudici europei hanno dato per scontato l'esito del giudizio costituzionale nazionale orientando così per il futuro l'autorità giudiziaria interna a cui

[362] È vero tuttavia che anche nell'ambito del diritto comunitario si può ormai ampiamente affermare che le interpretazioni fornite sugli atti comunitari dalla Corte di Giustizia portano ad affermare il primato anche in materie non di stretta competenza della CE. Ciò accade principalmente in materia dei diritti umani dove la Corte, attraverso la dottrina dell'*incorporation*, riesce ad entrare in una sfera di competenza mai legittimamente assegnatela. Sul punto v. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp.13-66.

[363] L'art. 11 della Costituzione non specifica quale posizione la Cedu assume nel sistema delle fonti nazionali imitandosi ad affermare che: "(1) The Romanian State pledges to fulfil as such and in good faith its obligations as deriving from the treaties it is a party to. (2) Treaties ratified by Parliament, according to the law, are part of national law.

[364] Caso *Dumitru Popescu c. Romania*, cit., §103-104 in cui la Corte esplicitamente condanna i giudici per non aver tentato tutte le strade possibili per evitare la lesione degli artt. 6 e 8 della Cedu, compreso il ricorso alla Corte costituzionale, determinando così la loro violazione. È una presa di posizione che ricorda vagamente quella della Corte di giustizia che obbliga le giurisdizioni interne, anche superiori (v. ad. es. la decisione Traghetti del mediterraneo c. Repubblica italiana del 13 giugno 2006) a operare il rinvio pregiudiziale con la differenza, sicuramente sostanziale, che tale obbligo la Corte europea lo pone sui giudici ordinari a favore delle Corti costituzionali interne mancando l'istituto dell'opinione consultiva.

non rimarrà che uniformarsi ai principi espressi dalla Corte europea per evitare di incorrere in nuove condanne.

Come si è detto, la decisione in esame non è chiara; si potrebbe azzardare l'ipotesi che la Corte abbai voluto utilizzare il primato a fini strumentali, ovvero per dimostrare che l'obbligo di eseguire la Cedu ricada in primo luogo sui giudici nazionali attraverso l'interpretazione conforme a Convenzione o addirittura tramite l'applicazione diretta della sentenza europea. Ci si chiede invece se lo stesso obiettivo non sarebbe stato raggiunto richiamando semplicemente la natura sussidiaria della Cedu che presuppone l'applicazione dei suoi precetti *in primis* da parte delle autorità nazionali.

Qualunque siano i motivi che abbiano indotto la Corte a fare un'affermazione così forte, questa le è servita tuttavia per mettere una seria ipoteca sulla sua giurisprudenza relativa all'obbligo di interpretazione conforme a Convenzione[365]. Si può affermare così che oggi la Corte europea non solo incide sulle decisioni individuali obbligando gli Stati a prendere misure specifiche che risolvano il caso che ha dato origine al ricorso, ma orienta persino i giudici nell'applicazione delle leggi interne uniformandosi alla propria giurisprudenza.

Il punto di vista della Corte europea sembra a questo punto abbastanza netto. Non altrettanto lo è la posizione assunta dai giudici in risposta alle interferenze europee; per alcuni di loro, infatti, risulta estremamente difficile farsi carico di tale onere. In alcune circostanze essi hanno opposto resistenza verso situazioni che imponevano loro la scelta di misure troppo innovative rispetto alla legislazione interna sul tema. A questo proposito si potrebbe prendere ad esempio il seguito della decisione *Kroon e altri c. Olanda*[366]. Nonostante la condanna europea, in sede nazionale la Corte suprema olandese si è rifiutata di applicare la sentenza poiché la normativa di risulta avrebbe rappresentato un cambiamento di non poco conto su un argomento, quello dei diritto di

[365] Tra il 2007 e il 2008 la Corte europea più volte è tornata sul tema condannando più il comportamento dei giudici che la qualità delle leggi interne. Si v. tra gli altri casi Karaman c. Turquie del 15 gennaio 2008, Nacaryan an Deryan c. Turkey dell'8 gennaio 2008, Balan c. Moldavia del 29 gennaio 2008 e più in generale le decisioni che riguardano la violazione della libertà di espressione che più degli altri dipendono dall'interpretazione delle leggi nazionali da parte dei giudici (tra questi il più recente caso Stoll c. Switzerland del 10 dicembre 2007, §137-139).

[366] Sentenza del 27 ottobre 1994, §40. In particolare in tale caso la Corte europea aveva riscontrato la violazione dell'art. 8 Cedu sulla base del fatto che lo Stato accusato non prevedeva giuridicamente quanto la realtà biologica e sociale palesava: un padre naturale era impossibilitato a riconoscere il proprio figlio in quanto questo portava già il cognome dell'ex marito della madre.

famiglia, da lasciare più opportunamente alla discrezionalità del legislatore[367]. In altri casi, invece, i giudici si sono dimostrati ben disposti a farsi carico di manipolare norme interne per assecondare Strasburgo; un esempio efficace sono le espropriazioni indebite e acquisitive in Italia.

Nel nostro ordinamento la legislazione fa una distinzione tra le due, considerando la prima sempre illegittima, a cui pertanto spetta l'integrale restituzione del bene, mentre la seconda viene autorizzata per motivi di pubblica utilità a cui non segue dunque un risarcimento pari al valore di mercato. Per la Corte europea invece non vi è alcuna differenza tra i due tipi di espropriazione, con la conseguenza che anche per quella acquisitiva l'unico rimedio possibile è rappresentato dal risarcimento in base al valore attuale del bene[368]. Si era dunque creata una sorta di conflitto tra i due ordinamenti; a causa dell'insistenza delle condanne di Strasburgo, le quali indicavano precisamente il modo in cui la fattispecie andava regolata, molti giudici ordinari vi hanno dato seguito disapplicando la normativa italiana[369]. Attendendo ancora un riforma legislativa in materia, la Corte costituzionale italiana si è pronunciata proprio di recente sul tema accogliendo l'impostazione dei giudici europei[370].

Qualunque sia la reazione dei giudici, tali misure generali non appaiono convenienti in quanto rischiano di provocare un'applicazione difforme del sistema convenzionale, non solo tra i diversi paesi ma all'interno degli stessi.

Più facilmente percorribile è invece la strada della modifica legislativa, a cui la Corte europea stessa fa maggiore riferimento. Quando Strasburgo si accorge che uno Stato membro è reticente nell'affrontare il problema delle misure strutturali, essa stessa

---

[367] Cfr. E. Lambert-Abdelgawad, *The execution of judgments of the European Court of human rights*, Strasburgo, 2002.

[368] I casi europei sull'argomento sono svariati. Tra i tanti ricordiamo le tre decisioni Scordino c. Italia del 17 maggio 2005, 29 marzo 2006, 6 marzo 2007, ma anche Belvedere Alberghiera c. Italia del 30 ottobre 2003 e Carbonara Ventura dell'11 dicembre 2003.

[369] Si veda ad es. Corte di appello di Firenze, sez. I civile, 27 febbraio 2005, n. 570/2005 in materia di occupazione acquisitiva o ancora Corte di appello di Firenze, sez. I civile, 14 luglio 2006, 1402/2006, per l'esproprio. Per una rassegna sull'atteggiamento dei giudici comuni italiani cfr. B. Randazzo, Giudici comuni e Corte europea dei diritti, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, Torino, 2003. Della stessa A. *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, 295 ss.

[370] Decisioni n. 348 e 349 del 2007 consultabili sul sito www.giurcost.org. Le decisioni appaiono innovative anche in riferimento alla posizione che la Cedu e la sua giurisprudenza occupano nel nostro sistema delle fonti. La Corte costituzionale ha chiarito che queste vanno considerate come parametro interposto di costituzionalità a cui il legislatore deve attenersi. In definitiva le ha attribuito una forza passiva maggiore rispetto alla legge.

insiste sull'opportunità di adottare una nuova legge o qualsiasi atto giuridico pertinente per risolvere il problema. Ciò è avvenuto ad esempio nei confronti dell'Italia in materia di legislazione per la gestione della corrispondenza dei detenuti. Nel caso *Messina c. Italia* (n.2) la Corte ha infatti evidenziato come:

> "*The Court has already held that section 18, which does not lay down rules on either the period of validity of the measures for monitoring prisoners' correspondence or the reasons which may warrant them, does not indicate with sufficient clarity the scope and manner of exercise of the discretion conferred on the public authorities in the relevant sphere […] The Court emphasises that to date neither the amendment of section 35 of the Prison Administration Act mentioned by the Government […] nor the bill presented to the Senate by the Minister of Justice on 23 July 1999 which was intended to change the applicable law to bring it into line with the Court's judgments in the Calogero Diana and Domenichini cases [...] seem to have been adopted. Moreover, several other applications which likewise concern the monitoring of prisoners' correspondence are pending before the Court*".

Un ulteriore esempio di invito pressante all'Italia nell'adottare una modifica legislativa ha riguardato la disciplina del processo in contumacia. Nel caso *Sejdovic*[371], la Corte aveva ribadito come l'Italia soffrisse di un deficit strutturale dovuto al cattivo funzionamento della legislazione, in quanto non assicurava ai condannati *in absentia* la restituzione in termini. A distanza di pochi mesi il Governo ha approvato il decreto legge n. 17/2005, convertito nella legge n. 60/2005. A seguito delle riforma, la Grande Camera, nonostante avesse confermato la decisione precedente, ha ritenuto che l'Italia avesse risposto adeguatamente con un rimedio generale. Seppure consapevole che tale riparazione non riguardava il signor Sejdovic, essa si è astenuta persino dall'indicare ulteriori forme di rimedio individuale, lasciando ciò alla discrezionalità dello Stato[372].

Attualmente la Corte si trova impegnata in casi strutturali che riguardano per lo più i paesi dell'Est, in particolare la Romania condannata, soltanto negli ultimi mesi, per decine di volte. La motivazione principale ha riguardato sempre l'assenza di una riforma adeguata, tempestiva e coerente relativa alla restituzione o alla vendita di immobili espropriati nel periodo comunista. Tra le maggiori inadempienze statali rientra

[371] Sejdovic c. Italia del 10 novembre 2004 confermata poi dalla Grande Camera l'1 marzo 2006.
[372] Grande Camera, *ibidem*, §122-124, 127.

la mancata previsione di un'indennità monetaria qualora i vecchi proprietari non possano più riavere i beni perduti durante il regime delle nazionalizzazioni[373].

3.2.5 (segue) La tecnica delle sentenze 'pilota'

Tra le decisioni della Corte europea, nelle quali gli Stati sono esortati a risolvere i problemi strutturali, vi è la categoria specifica delle sentenze pilota. L'utilizzo di questa nuova tecnica è stato caldeggiato particolarmente dagli organi politici del Consiglio d'Europa.

Già con la risoluzione 1226 del 2000 dell'Assemblea parlamentare, si è indicata una strada che poteva fornire soluzioni adeguate al problema delle violazioni sistemiche, per alleggerire i lavori della Corte ormai assediata. Il documento, rivolto a tutti i soggetti europei – organi dello Stato (legislatori, governi, giudici e amministratori), Comitato dei ministri, Corte - obbliga i giudici di Strasburgo ad indicare alle autorità nazionali come dare esecuzione alle decisioni europee adottando misure individuali, o, se necessarie, generali[374].

Su questa scia si sono succeduti pareri, risoluzioni, raccomandazioni che più nello specifico hanno plasmato il modello della sentenza pilota. Tra questi, il report dell'aprile 2003 del Comitato guida "*Guaranteeing the long term effectiveness of the control system of the Euorpean Convention on human rights*", proposto per ridurre l'arretrato dei casi pendenti alla Corte che presentano identiche lamentele. Più precisamente il Comitato suggerisce alla Corte di adottare una decisione pilota che indichi le linee guida agli Stati per risolvere una questione giuridica che interessi non solo il ricorrente ma altri individui potenziali o di fatto.

La particolarità di tale sentenza sta nella possibilità da parte della Corte di decidere numerosi altri casi pendenti attraverso un'unica delibera. Ma vi è di più: essa

[373] Solo a titolo esemplificativo si possono menzionare: Capitan-Bacskai c. Romania del 25 ottobre 2007, Belasin c. Romania del 15 novembre 2007, Szekely c. Romania dell'11 ottobre 2007, Musat c. Romania sentenza 11 ottobre 2007, Belasin c. Romania del 15 novembre 2007.

[374] Dal canto loro, secondo quanto stabilisce la risoluzione, i legislatori devono assicurare l'esecuzione delle sentenze adottando nuove leggi, i governi devono fare in modo che le misure individuali vengano approntate, i giudici orientarsi nel dare effetto diretto alle decisioni Cedu. Le direttive impartite invece al Comitato dei ministri riguardano l'utilizzo dell'art. 8 dello Statuto che prevede la sospensione degli Stati dalla rappresentanza in Consiglio per la persistente inadempienza.

può esortare la completa applicazione della sentenza pilota, grazie alla dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi del medesimo contenuto per mancato esaurimento delle vie interne, sollecitando le vittime a cercare un rimedio effettivo nazionale. Naturalmente, per fare questo, la Corte dovrà valutare l'efficacia della riparazione fornita dall'ordinamento interno, ovvero se lo Stato abbia in realtà risolto il problema strutturale. In occasione dell'approvazione della riforma della Convenzione col Protocollo 14[375], anche il Comitato dei ministri è tornato sul punto[376] non lasciando alla Corte altra scelta che utilizzare il nuovo strumento.

Il primo caso di sentenza pilota è del giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*[377], in cui la Corte accerta la carenza della legislazione polacca per regolare la situazione di più di 80.000 persone che avevano perso le loro proprietà in conseguenza dell'annessione dei territori in questione alla Russia durante il secondo conflitto mondiale (cosiddetta 'zona oltre il fiume Bug'). Alla fine della guerra la Polonia era riuscita nuovamente a rientrarne in possesso ma, dopo circa cinquant'anni, non aveva ancora predisposto un piano adeguato per restituire i terreni ai legittimi proprietari. Poiché oltre al signor Broniowski erano pendenti più di altri 167 ricorsi a Strasburgo, col rischio che questi potessero aumentare, la Corte ha trovato la giusta occasione di sperimentare la sentenza pilota. In un passaggio fondamentale della decisione essa spiega i motivi e le circostanze che l'hanno persuasa a sostenere l'opportunità di questa nuova tecnica. Più in particolare:

> "*Although it is in principle not for the Court to determine what remedial measures may be appropriate to satisfy the respondent State's obligations under Article 46 of the Convention, in view of the systemic situation which it has identified, the Court would observe that general measures at national level are undoubtedly called for in execution of the present judgment, measures which must take into account the many people affected. Above all, the measures adopted must be such as to remedy the systemic defect underlying*

[375] Si è già ricordato che tale protocollo, non ancora entrato in vigore per la mancata firma della Russia, si pone l'obiettivo di ridurre il numero di ricorsi alla Corte europea. Oltre alla creazione di un nuovo meccanismo di filtro – un'ulteriore condizione di ricevibilità e l'istituzione del giudice unico – si è deciso di riformare il sistema dell'esecuzione delle sentenze. A tal fine si sono aggiunti tre nuovi commi all'art. 46 che permetteranno al Comitato dei ministri di richiedere alla Corte una sentenza d'interpretazione nei casi venga ostacolato a svolgere il suo ruolo, oppure di deferire il caso alla Corte se l'Alta Parte contraente si rifiuti di conformarsi alla sentenza definitiva. V. *supra* cap.2, §2.2.3.
[376] Risoluzione Res (2004)3.
[377] Caso Broniowski c. Polonia del 22 giugno 2004.

the Court's finding of a violation so as not to overburden the Convention system with large numbers of applications deriving from the same cause. Such measures should therefore include a scheme which offers to those affected redress for the Convention violation identified in the instant judgment in relation to the present applicant. In this context the Court's concern is to facilitate the most speedy and effective resolution of a dysfunction established in national human rights protection. Once such a defect has been identified, it falls to the national authorities, under the supervision of the Committee of Ministers, to take, retroactively if appropriate, the necessary remedial measures in accordance with the subsidiary character of the Convention, so that the Court does not have to repeat its finding in a lengthy series of comparable cases"[378].

Il caso Broniowski non è rimasto isolato. Soltanto l'anno seguente la Corte si è pronunciata con la decisione *Xenides-Arestis c. Turchia*[379], in cui ha riscontrato la violazione dell'art. 8 (rispetto per la vita privata e familiare) e dell'art. 1 del Protocollo 1 (diritto di proprietà) per quei cittadini a cui era stato negato l'accesso alle proprie abitazioni situate nel nord di Cipro, occupate militarmente dalla Turchia dal 1974. In questa circostanza erano più di 1.400 i casi già pendenti e la sentenza pilota risultava l'unica via di uscita. A questa ne sono seguite altre, come il caso *Hutten Czapska c. Polonia*[380], riguardante l'imposizione statale dei canoni di affitto delle case, sacrificando il pieno rispetto del diritto di proprietà. L'ultima in ordine cronologico è la decisione *Ramadhi e altri 5 v. Albania*[381], con cui la Corte affronta il problema della mancata esecuzione di pronunce dei giudici interni per la scarsità dei mezzi a disposizione per ottemperare agli obblighi. Nello specifico, la Corte europea indica all'Albania le misure statali da intraprendere, tra cui un budget predefinito, regole chiare e misure amministrative.

Accolta favorevolmente dai più, la sentenza pilota è tuttavia oggetto di molte critiche anche in seno al collegio degli stessi giudici europei. Il rischio che si paventa è svuotare considerevolmente il principio fissato dagli articoli 41 e 46 che, come ampiamente affermato, lascia libertà di scelta agli Stati restringendo il campo di azione della Corte in tema di rimedi[382]. Ciò che più preoccupa inoltre è l'abbandono di un certo

[378] *Ibidem*, §193.
[379] Caso Xenides-Arestis c. Turchia del 22 dicembre 2005.
[380] Caso Hutten Czapska c. Polonia del 19 giugno 2006.
[381] Caso Ramadhi e altri 5 v. Albania del 13 novembre 2007.
[382] Cfr. in merito l'opinione dissenziente del giudice Zagrebelsky nel caso Hutten-Czapska, cit.

rigorismo formale; tale strumento infatti non è contemplato in nessun documento giuridico che possa legittimarlo. Le reazioni sarebbero state forse diverse se il Protocollo 14 avesse affrontato nello specifico il problema. Ciò inevitabilmente consolida il dubbio che la Corte europea si sostituisca integralmente alle decisioni statali esercitando un potere che originariamente non le era stato attribuito.

3.3 Le decisioni della Corte interamericana

Se la giurisprudenza della Corte europea ha iniziato solo di recente ad ampliare le proprie competenze sui rimedi, al contrario, la Corte interamericana si è dimostrata da subito propensa a concepire il proprio ruolo in modo estensivo. I giudici americani, supportatati da previsioni convenzionali più aperte sul tema[383], si sono prontamente uniformati ai principi di diritto internazionale, considerando la disciplina dei rimedi parte essenziale del rispetto dei trattati. In maniera esplicita essi hanno asserito che:

> "qualora un atto illecito sia imputabile allo Stato, questo incorre in una responsabilità internazionale per la violazione del diritto internazionale, con il conseguente dovere di riparare e di porre fine alle conseguenze della violazione[384]".

La Corte interamericana pertanto ha sempre imposto specifici obblighi per riparare alle violazioni del Patto di San Josè, applicando il rispetto del principio internazionale *pacta sunt servanda*. Gli Stati, ovvero, sono obbligati a conformarsi alle decisioni internazionali per il solo fatto di aver aderito ad un trattato. È questo un valore fondamentale della responsabilità internazionale statale, elaborato in dottrina e confermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia internazionale; esso è codificato inoltre nella Convenzione di Vienna all'art. 27, il quale stabilisce che "una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato"[385].

[383] Per un commento specifico di tali disposizioni v. *supra* cap. 2, §2.4.2.
[384] Cfr. caso Blake c. Guatemala (Reparations), del 22 gennaio 1998, §33.
[385] Le decisioni in cui la Corte interamericana invoca il principio del *pacta sunt servanda* sono molto numerose. A titolo esemplificativo si citano i casi Bulacio c. Argentina del 18 de settembre del 2003, § 117; Las Palmeras c. Colombia (Reparaciones) del 26 novembre 2002, § 68-69; Caracazo c. Venezuela

L'atteggiamento rigoroso dei giudici americani trae origine da questioni sociali e storiche. In paesi come quelli dell'America centrale e meridionale vittime di disordini civili destabilizzanti, si rendeva necessaria una presenza garantista sovranazionale per supportare le istituzioni interne nella fase della restaurazione democratica. A differenza del contesto europeo occidentale, in cui la parentesi totalitaria ha riguardato pochi paesi e per lo più con tradizioni liberali radicate, la situazione americana mostra tutt'oggi segnali di sofferenza che incoraggiano la presenza di organi esterni nella transizione da regimi dittatoriali a sistemi costituzionali pluralistici[386].

I maggiori ostacoli che gli ordinamenti devono fronteggiare sono di natura politica e istituzionale. Nella maggior parte dei casi si assiste alla mancanza di una volontà politica atta a costruire le fondamenta su cui erigere sistemi democratici solidi; altre volte, seppure questa volontà sia manifesta, mancano meccanismi istituzionali in grado di assicurare il pieno rispetto dei principi prefissati.

Ciò risulta ancora più evidente nella salvaguardia dei diritti umani che presuppone l'esistenza di entrambe le condizioni, facendo sì che le raccomandazioni della Commissione e la giurisprudenza della Corte interamericana sopperiscano alle lacune interne e giustifichino pienamente il ruolo dei giudici sovranazionali nell'indicazione precisa dei rimedi da adottare. Un atteggiamento recessivo sul tema non favorirebbe infatti in questi ordinamenti il ripristino dello stato di diritto[387]. A tal proposito è utile sottolineare che gli stessi paesi sono propensi ad accettare tale giurisdizione dimostrando piena disponibilità nell'accettare i *diktat* della Corte, sebbene

---

(Reparaciones) del 29 agosto 2002, §119; Trujillo Oroza c. Bolivia (Reparaciones) del 27 febbraio 2002, §106; Barrios Altos c. Perù (Interpretación de la Sentencia de Fondo) del 3 settembre 2001, §15; Suárez Rosero c. Ecuador (Cumplimiento de sentenzia), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 novembre 2003, 4^ considerando; Caballero Delgado y Santana c. Colombia (Cumplimiento de sentenzia), Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 novembre 2003, 4^ considerando.

[386] In generale sul ruolo della disciplina dei rimedi nella delicata transizione da regimi totalitari a quelli democratici cfr. P.de Grieff, *The Handbook of Reparations*, Oxford, Oxford University Press, 2006; v. anche J. Braithwaite, *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, 1988.

[387] Prima ancora della Corte anche la Commissione ha sviluppato una prassi sui rimedi molto ricca di spunti per lo stesso organo giurisdizionale. Non va dimenticato infatti che anche la Commissione è stata da subito incisiva sul tema indicando precisamente agli Stati il modo migliore per riparare agli illeciti perpretati. Come è noto il suo ruolo si limita tuttavia a raccomandare la strada giusta agli Stati non possedendo essa l'autorità giurisdizionale necessaria per vincolare la loro azione in quanto organo politico. Per una puntuale rassegna delle decisioni della Commissione sul tema v. D. Shelton, *Remedies in interntional human rights law*, cit., pp. 208-214; A. del Campo e E. Abi-Mershed, negli Atti del Convegno *Reparations in the Inter-American system: a comparative approach*, in Am. U. L. Rev, vol. 56, n. 6, 2007, rispettivamente pp. 1406-1413 e pp. 1443-1448.

l'adeguamento alle sue decisioni avvenga in tempi lunghi e a seguito delle sue continue insistenze durante la fase della supervisione delle sentenze[388].

La giurisprudenza della Corte interamericana mostra dunque degli elementi innovativi nel campo dei rimedi sia nei confronti del sistema internazionale, sia rispetto all'atteggiamento della Corte europea, anticipando le tendenze evolutive di quest'ultima affiorate solo negli ultimi tempi.

Tracciando un bilancio generale della prassi interamericana va innanzitutto riconosciuto che le decisioni della Corte si uniformano ai principi del diritto internazionale sul tema, codificati nell'ILC *draft articles*[389]. Nonostante ciò, esse si spingono oltre non solo grazie alla natura del Patto di San Josè che, in qualità di trattato sui diritti umani, legittima un potere di *enforcement* più ampio, ma anche per lo stesso testo convenzionale, il quale legittima maggiori spazi di manovra.

Al di là della lettera dell'art. 63, disposizione sui rimedi che lascia aperte infinite possibilità alla Corte su quale riparazione approntare[390], l'interpretazione sistematica della Convenzione, fatta propria dai giudici americani, ha rafforzato i loro poteri al riguardo. In numerosi casi la Corte supporta le decisioni sui rimedi dichiarando, insieme alla lesione di un particolare diritto, la violazione di obblighi generali. La giurisprudenza della Corte è ricca di esempi in cui uno Stato membro viene espressamente condannato per aver contravvenuto a un diritto specifico del Patto, in combinato disposto con gli articoli 1 e 2 riguardanti rispettivamente il "Dovere di rispetto dei diritti" e gli "Effetti della Convenzione negli ordinamenti nazionali"[391]. Si

[388] Sull'adeguamento dei paesi membri alle decisioni vincolanti della Corte cfr. M. Tan, *Member state compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human rights*, in Int'l J. Legal Info., vol. 33, 2006, pag.319 ss.; M. Urtubey, *Non-applicability of statutes of limitation for crimes committed in Argentina: Barrios Altos*, in Sw. J. L.& Trade Am., vol. 11, 2005, pag. 109 ss. Particolarmente riluttante finora è risultata la Repubblica domenicana che più volte ha tentato di trascurare le decisioni della Corte attraverso l'approvazione di leggi in evidente contrasto con quanto stabilito dai giudici sovranazionali supportate da interpretazioni della Corte costituzionale interna. Per un resoconto della situazione si rinvia a D. Baluarte, nel suo intervento al convegno *Reparations in the Inter-American system*, cit., pp. 1464-1468.

[389] Si rinvia *supra* al cap. 1, in particolare ai §1.2.1 e 1.2.3.

[390] Per il commento di tale articolo v. *supra* § 2.4.2.

[391] Nello specifico il comma 1 dell'art. 1 dispone 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"; mentre l'art. 2 stabilisce che

tratta di disposizioni generiche comuni a qualsiasi trattato internazionale ma che mai vengono utilizzate come parametro per legittimare specifiche condanne. La Corte europea non vi ha fatto sinora alcun riferimento, considerando l'art. 1 della Cedu[392] una disposizione che evidenzia il ruolo sussidiario della Convenzione rispetto agli ordinamenti interni[393]. In definitiva, Strasburgo ha inteso tale disposizione come base giuridica della dottrina del margine di apprezzamento in quanto essa attribuisce primariamente l'onere di salvaguardare i precetti della Cedu alle autorità statali [394]. È già stato sottolineato tuttavia come la dottrina europea, grazie a una lettura circolare della Convenzione, sia unanime nel sostenere l'art. 1 della Cedu quale apripista per una giurisprudenza più rigorosa in tema di rimedi[395].

Al contrario, la Corte interamericana ha inteso gli art. 1 e 2 indicativi del vincolo di conformità degli Stati ai contenuti del Patto e, conseguentemente, al dovere di riparare agli illeciti. In particolare, l'art. 1 attribuisce specifici obblighi statali positivi quali investigare e punire le lesioni delle libertà fondamentali[396], *in primis* il diritto alla vita, mentre l'art. 2 configura l'obbligo di riformare l'assetto legislativo degli ordinamenti statali[397].

Il sistema interamericano da taluni è stato considerato il più esauriente nel campo dei diritti umani in quanto, sin dall'inizio, la Corte ha sostenuto la necessità di

---

"Quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

[392] Si ricorda qui ancora una volta che l'art. 1 della Cedu dispone che: "Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione".

[393] Cfr ad es. il caso *Lithgow e altri c. Regno Unito* dell'8 luglio 1986, in cui la Corte ha affermato : "Although there is thus no obligation to incorporate the Convention into domestic law, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention the substance of the rights and freedoms set forth must be secured under the domestic legal order, in some form or another, to everyone within the jurisdiction of the Contracting States".

[394] Sulla dottrina del margine di apprezzamento si rimanda a F. Donati e P. Milazzo, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, Atti del seminario svoltosi a Copanello (CZ) il 31 maggio-1giugno 2002*, a cura di P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura, Giappichelli editore, 2003, si consenta inoltre il rinvio a P. Tanzarella, Il margine di apprezzamento, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione, Bologna, pp. 145-181.

[395] V. *supra* § 3.2.

[396] V. *infra* §3.3.3.

[397] *Ibidem*.

garantire non solo il riconoscimento dei danni materiali e morali agli individui lesi, ma anche l'importanza cruciale di utilizzare forme di soddisfazione simboliche e di proporre mutamenti legislativi e amministrativi[398].

La giurisprudenza della Corte si sviluppa secondo tre fasi evolutive facilmente individuabili ma contraddistinte da alcune battute d'arresto[399]. Nelle prime sentenze infatti il suo atteggiamento risultava molto più prudente rispetto a quello assunto successivamente. Se già nella due decisioni iniziali la Corte si sofferma lungamente sul tema dei rimedi[400] sancendo che la *restitutio in integrum* è la prima forma di riparazione, essa si limita tuttavia a fissare standard generali in modo da porre fine alla violazione e, se necessario, a rimediare. In linea di massima, in questo primo periodo, la Corte sviluppa la dottrina dei rimedi conformandosi strettamente ai canoni classici del diritto internazionale. Anche agli esordi, essa è comunque all'avanguardia rispetto alla Corte europea che, al contrario, ha modificato la giurisprudenza sui rimedi solo di recente e a piccoli passi[401].

In una seconda fase, che simbolicamente inizia a decorrere dal 1998 con la decisione *Garrido and Baigorria c. Argentina*[402], la Corte scende in maggiori dettagli estendendo le forme di rimedio richieste. Essa fa riferimento esplicito alla necessità di andare oltre alla *restitutio in integrum*, stabilendo l'onere statale di annullare pratiche amministrative, riformare disposizioni di legge, revisionare sentenze interne, risarcire i danni causati al progetto di vita[403]. Nel caso appena citato essa infatti stabilisce che:

> *"The specific method of reparation varies according to the damage caused; it may be restitutio in integrum of the violated rights, medical treatment to restore the injured person to physical health, an obligation on the part of the State to nullify certain*

[398] Così si esprime ad esempio D. C. Grossman, Atti del Convegno *Reparations in the Inter-American system*, cit. pag. 1376.
[399] Tali fasi sono state individuate in dottrina considerando il modo in cui la Corte ha arricchito le proprie decisioni in riferimento ai rimedi. Per tutti si v. F. Quintana, in Atti del Convegno *Reparations in the Inter-American system*, cit., pp. 1382-1390.
[400] Cfr. i casi Velásquez Rodríguez c. Honduras (Reaparations) e Godínez Cruz c. Hondorus (Reparations) entrambi del 29 luglio 1989.
[401] Sui motivi e i contenuti della svolta della Corte europea sul tema dei rimedi v. *supra* §3.2.
[402] Sentenza del 27 agosto 1998.
[403] Sul particolare significato del progetto di vita v. *infra* §3.3.1. Più in generale la rassegna della giurisprudenza sui rimedi come forme di soddisfazione, come quelle di riabilitazione sociale e di tipo strutturale, sarà oggetto §3.3.3.

administrative measures, restoration of the good name or honor that were stolen, payment of an indemnity, and so on" [404].

La decisione *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*[405] introduce una fase giurisprudenziale ancora più innovativa in quanto la Corte, oltre a confermare la prassi secondo cui le sue sentenze pongono obblighi precisi agli Stati, manifesta il suo estro creativo inaugurando nuove e speciali categorie di rimedi, come ad esempio la creazione di banche dati per il DNA per facilitare il riconoscimento dei *desaparecidos*.

La direzione che la Corte interamericana sta prendendo porta a credere che essa si stia muovendo verso l'assunzione di compiti originariamente non assegnategli. Questo è dovuto sia alla sua forza persuasiva sulla costruzione di nuovi assetti legislativi, sia alla sue decisioni che sempre più frequentemente assumono i requisiti propri delle sentenze dei giudici costituzionali interni.

Fino ad ora le sentenze della Corte interamericana hanno risolto casi concreti sulla base dei ricorsi presentati, oggi invece, anticipando la prassi della Corte europea, sembra adotti una linea preventiva cercando con una sola sentenza di risolvere probabili future controversie e incidendo in maniera significativo sugli assetti giuridici interni.

Gli ostacoli posti dinanzi alla Corte risultano tuttavia numerosi, soprattutto per la riluttanza degli Stati nei suoi confronti, anche se essi nella maggior parte dei casi finiscono con l'adeguarsi.

Nelle pagine successive si vuole compiere quindi una disamina dei casi interamericani che evidenziano l'evoluzione della disciplina dei rimedi partendo dallo schema prefissato nel diritto internazionale[406]. L'indagine prenderà il via dalle decisioni riguardanti i rimedi individuali sulla *restitutio in integrum*, si soffermerà poi sulla compensazione e su alcune forme di riabilitazione e soddisfazione e, infine, si concluderà con l'analisi delle decisioni sui rimedi strutturali che più chiariscono gli effetti condizionanti del sistema interamericano sugli ordinamenti statali.

[404] Caso Garrido and Baigorria c. Argentina, cit., §41.
[405] Caso Juan Humberto Sánchez c. Honduras del 25 novembre 2003.
[406] Di tale schema si è già discusso nel capitolo 1, §1.2.3 e in questo stesso capitolo in relazione alla giurisprudenza della Corte.

3.3.1 I rimedi individuali: l'interpretazione estensiva della restitutio in integrum

Nel sistema interamericano la forma della *restitutio in integrum* trova un'applicazione parzialmente rimodulata rispetto alla sua esecuzione nel sistema internazionale generale e da parte della Corte europea. Si potrebbe addirittura sostenere che la prassi della Corte interamericana contribuisce, grazie al suo ricorrente utilizzo, a definire e ad arricchire enormemente i contenuti di tale rimedio.

Come già anticipato, la *restitutio in integrum* rappresenta la forma di rimedio più completa essendo l'unica in grado di ristabilire la situazione precedente alla violazione[407]. Essa consiste infatti nella predisposizione di una serie di atti volti non solo a porre fine alla violazione ma che permettono anche di tornare allo *status quo ante*. Accogliendo totalmente tale impostazione, la Corte interamericana esclude l'ipotesi di qualsiasi atteggiamento che, in qualche modo, possa legittimare gli Stati a evadere dall'obbligo di riparare. Per questo motivo, sin dalla sua prima decisione, essa riconosce l'importanza di assicurare un rimedio effettivo alle vittime, identificando ciò nella forma della restituzione[408].

I giudici americani hanno sempre espresso opinione contraria all'applicazione della *declaratory judgement*, ricorrendovi solo qualora lo Stato riconosca spontaneamente la propria responsabilità[409]. Secondo quanto stabilito dalla stessa Corte, la semplice constatazione della violazione, sebbene possa anch'essa rappresentare una congrua forma di rimedio, non sarebbe in realtà adeguata a riparare i danni sofferti in circostanze di estrema gravità[410]. Il ricorso alla *restitutio in integrum* appare dunque una

[407] Come si è visto nel cap. 1, §1.2.3, scartata l'ipotesi di rimedi punitivi, la *restitutio in integrum* è il rimedio che meglio esprime il principio di responsabilità statale per la commissione di un illecito tanto da essere stato codificato nell'ILC *draft articles* come primaria forma di riparazione.
[408] Cfr. caso Velásquez Rodríguez c. Honduras (Reaparations), cit..
[409] Come si vedrà *infra*, §3.3.4, tuttavia il riconoscimento della responsabilità da parte degli Stati non esclude tuttavia che la Corte possa obbligarli a elargire almeno forme di compensazioni di danni materiali e morali quantificabili.
[410] Si v. ad es. il caso El Amparo c. Venezuela (Reparations) del 14 settembre 1996. §34-35. In tale decisione lo Stato venezuelano avanzava l'ipotesi di poter emulare la prassi della Corte europea che, al contrario, ha fatto e continua a fare largo uso delle *declaratory judgments.* Di tutta risposta la Corte interamericana ha rigettato tale idea asserendo che nella specificità di tale caso, in cui si prospettano gravi violazioni di diritti umani come il diritto alla vita, causando forti sofferenze alla diretta vittima e ai propri familiari, si reputa necessario provvedere anche a un indennizzo sulla base del principio di equità, non ritenendo sufficiente la semplice constatazione della lesione.

delle forme più opportune, nonostante, nella maggior parte dei casi, essa da sola non appare sufficiente, necessitando dell'integrazione di altri tipi di rimedi quali, in particolare, la compensazione pecuniaria e la soddisfazione[411].

La giurisprudenza americana sull'applicazione della *restitutio* è alquanto vasta[412] ma i principi a cui si ispira possono riassumersi in base a tre orientamenti prevalenti che riguardano il contenuto, la sua applicazione e i suoi effetti.

In merito al primo punto, la prassi si conforma a quanto fissato dal sistema internazionale che ne attribuisce la precedenza qualora la restituzione sia realizzabile in senso materiale o giuridico. In particolare, la Corte interamericana vi fa ricorso solo quando gli Stati detengono i mezzi sufficienti per farvi fronte. Vi possono infatti essere casi in cui la *restitutio* non è praticabile a causa di eventi naturali che ne impediscono l'esecuzione; si pensi ad esempio alla violazione al diritto alla vita per esecuzioni extra giudiziali o per la scomparsa della vittima, o più semplicemente alla lesione del diritto di proprietà il cui bene è andato distrutto. È facile concludere che, in questi casi, la Corte non può comminare una restituzione, vedendosi costretta a ricorrere ad altre forme di riparazione.

Riguardo al secondo punto, anche per quanto riguarda l'attuazione della *restitutio in integrum*, la Corte si uniforma ai principi internazionali e in particolare all'art. 27 della Convenzione di Vienna che, come si è detto, vieta agli Stati la possibilità di eccepire la legislazione interna per evitare il rispetto in concreto delle clausole di un trattato[413]. In questa ottica, la Corte adotta un'impostazione rigorosa insistendo sulla realizzazione della restituzione qualora ritenga che le giustificazioni invocate dal paese condannato siano bypassabili tramite specifici interventi[414]. Ciò ha dato modo ai giudici di interferire direttamente nella scelta delle misure statali, indicando quelle migliori.

---

[411] Cfr. caso Castello Páez c. Perù (Reparations), del 27 novembre 1998, §48.

[412] Tra i tanti casi che possono citarsi. Tra questi vale la pena ricordare quelli in cui si definisce lo scopo del ricorso alla restitutio e Velásquez Rodríguez c. Honduras (Reaparations), cit., § 75-76,

[413] Un principio affermato nella giurisprudenza della Corte ad es. nei casi entrambi pubblicati il 27 novembre 1998 contro il Perù: Loayza Tamayo (Reparations), §168; caso Castillo Páez (Reparations), §105

[414] Cfr. ad es. il caso Velásquez Rodríguez (Reparations), cit, §30; caso Godínez Cruz (Reparations), cit., §28; caso Aloeboetoe altri c. Suriname (reparations) del 10 settembre 1993, §44.

A differenza della prassi europea in cui, a parte alcuni casi straordinari già citati, si presuppone sempre una certa discrezionalità degli Stati[415], la giurisprudenza americana si contraddistingue per un'incidenza diretta sugli ordinamenti, con un'invasione di campo atipica rispetto ai rapporti giuridici classici tra sistemi interni e quelli internazionali. Non è insolito leggere sentenze interamericane in cui si dispone una restituzione giuridica, ovvero l'invalidamento di un giudizio inappellabile da parte dei giudici interni. In definitiva, la Corte si comporta come un giudice di Cassazione predisponendo la riapertura di processi giudiziari[416], il rilascio di detenuti[417], l'annullamento di decisioni penali[418], amministrative[419] e capitali[420] senza preoccuparsi in alcun modo di non mettere in discussione il principio dell'intangibilità del giudicato.

La Corte giustifica questa serie di giudizi dichiarando l'inconvenzionalità dei processi interni; è anche vero però che essa non dispone direttamente la revoca degli atti ma attende che lo faccia lo Stato, in ossequio al rispetto della Convenzione[421]. A tal proposito è sintomatico notare che pure i paesi più reticenti, sebbene inizialmente si oppongono all'esecuzione della sentenza, si ritrovano alla fine a darvi attuazione; a maggior ragione, gli Stati accettano di eseguire le decisioni in cui non viene

[415] Si è già avuto modo di ribadire che nell'applicazione della *restitutio in integrum* la Corte europea lascia agli Stati la scelte di misure da adottare sotto la supervisione del Comitato dei ministri. V. *supra* §3.2.3.

[416] V. ad es. caso Castillo Petruzzi e altri c. Perù (Merits) del 30 maggio 1999, risoluzione n. 13.

[417] Cfr. il caso Loayza Tamayo (Merits) del 17 settembre 1997, § 82 e Risoluzione n. 5.

[418] V. ad. es. caso Cantoral-Benavides c. Perù (Reparations) del 3 dicembre 2001, §77-78 di cui merita riportare l'estratto nella parte in cui interessa: "77. It is self-evident to this Court that the verdict of conviction that the Supreme Court delivered against Mr. Cantoral Benavides and the other decisions adopted in the proceedings to which he was subjected, were rendered on the basis of a law that was not compatible with the American Convention and that in the conduct of the respective proceedings the rights to judicial protection and to due process of law, recognized in the Convention, were violated. Consequently, in this Judgment on reparations, this Court must order that the State nullify, in accordance with its domestic law, the conviction that the Peruvian Supreme Court delivered against Luis Alberto Cantoral Benavides. 78. Accordingly, the State shall nullify all judicial or administrative, criminal or police proceedings against Luis Alberto Cantoral Benavides in connection with the events of the present case and shall expunge the corresponding records"; cfr. anche il caso Herrera-Uloa c. Costa Rica del 2 luglio 2004, §195 in cui si dispone nello specifico l'annullamento di alcune parti di una decisione interna che presupponevano la condanna ingiusta del ricorrente.

[419] Un caso tra tutti Baena-Ricardo e altri c. Panama, cit., § 88, in cui la Corte dispone il reintegro sul posto di lavoro di 270 impiegati licenziati illegittimamente.

[420] Cfr. i casi Hilaire, Constantine, Benjamin e altri c. Trinidad and Tobago del 21 luglio 2002, § 223, p.to 9; Fermín-Ramírez c. Guatemala del 20 luglio 2005, § 138, p.to 9; Boyce e altri c. Barbados del 20 novembre 2007, § 127, p.to a).

[421] Un atteggiamento questo che non viene seguito dalla Corte nei casi di invalidità delle leggi di amnistia nazionali adottate per rendere impuniti i colpevoli di stragi civili fatte per conto delle autorità statali. In tali circostanze infatti la Corte dispone direttamente l'annullamento di tali disposizioni legislative comportandosi come una vera Corte costituzionale. V. *infra* § 3.3.3.

compromessa l'autonomia del potere legislativo ma si limitano a intimare procedimenti amministrativo come, ad esempio, la restituzione di beni di proprietà sottratti illegittimamente[422]. Ciò rappresenta una conferma della forza vincolante di tali decisioni che controbilancia la mancanza di un potere particolare di *enforcement* nell'organo sovranazionale.

Tutti i casi relativi alla restituzione *in integrum*, materiale o giuridica, sono legittimati sulla base dell'applicazione dell'art. 63 del Patto che fa esplicito riferimento al dovere dei paesi membri di "assicurare alla parte offesa il godimento del diritto o della libertà violati". Qualora i giudici sovranazionali accertino la lesione di diritti fondamentali, essi possono decidere nello specifico le forme di riparazione; ciò non accade se gli Stati e le vittime raggiungano un'intesa durante la fase successiva alla pubblicazione della sentenza di merito[423]. Questo limitato spazio di discrezionalità è tuttavia vanificato sia perché la stessa Corte interamericana può rigettare l'accordo se ritenuto non adeguato, sia perché la prassi recente vuole che la Corte, nella stessa sentenza, si pronunci nel merito e sulla riparazione non lasciando possibilità agli Stati di proporre il modo in cui rimediare.

Oltre all'interpretazione letterale dell'art. 63, i giudici americani giustificano questo tipo di decisioni sulla base della lettura sistematica del Patto, in particolare dell'art. 8 – diritto a un equo processo[424] – in combinato disposto con l'art. 25 – sulla

[422] Sono esemplificativi tra questi i casi in cui si dichiara la violazione della libertà di espressione, in particolare per quelle situazioni in cui si è disposta la censura di un'opera letteraria, la programmazione di un evento televisivo o la dismissione di una licenza di trasmissione. Riscontrata tale lesione la Corte ordina la restituzione materiale stabilendo la messa in circolazione del testo ritirato dal commercio o la messa in onda del programma in tv o il reintegro della concessione. V. ad es. la decisione Ivcher Bronstein c. Perù del 6 febbraio 2001, §181, in cui la Corte stabilisce che lo Stato peruviano deve cedere le azioni di maggioranza della società televisiva Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. al Signor Bronstein; v. anche il caso Palamara-Iribarne c. Cile del 22 novembre 2005, § 250, dove la Corte ha stabilito la pubblicazione del libro previamente ritirato dalla casa editrice; caso The Last Temptation of Christ c. Cile del 5 febbraio 2001, § 97, in cui la Corte ordina la programmazione del film censurato.

[423] Sugli aspetti procedurali delle decisioni che la Corte adotta in tema di rimedi v. *supra* cap. 2 §2.4.2. Più in generale cfr. J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of human rights*, cit., pp. 285-288; D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., pp.216-219.

[424] In particolare l'art. 8 recita: 1. Ogni persona ha diritto ad un'udienza, con le dovute garanzie e entro un termine ragionevole, da un tribunale competente, indipendente e imparziale, precostituito per legge, per la determinazione di qualunque accusa di natura penale presentata contro di lui o per la determinazione dei suoi diritti o obblighi in materia civile, di lavoro, fiscale o di ogni altra natura. 2. Ogni persona accusata di reato è presunta innocente fino a che la sua colpevolezza non sia stata legalmente provata. Nel corso dei procedimenti, ogni persona ha diritto, in piena eguaglianza, alle seguenti garanzie minime: a) il diritto di ogni accusato ad essere assistito gratuitamente da un traduttore o interprete, nel caso in cui non comprenda o non parli la lingua del tribunale o della corte; b) la previa e dettagliata notifica all'accusato

protezione giudiziaria[425]. Le violazioni di diritti fondamentali che generalmente vengono dichiarate dalla Corte sono conseguenza di un cattivo funzionamento del potere giudiziario interno agli Stati. Non mancano i casi in cui le vittime sono giudicate da tribunali militari che non assicurano l'imparzialità del giudizio o non è garantita una corretta assunzione delle prove documentali e testimoniali. Sono inoltre molteplici gli episodi in cui si sospetta una collusione tra i governi e i magistrati in quanto, questi ultimi archiviano casi senza predisporre opportune indagini in primo luogo in relazione all'immotivata scomparsa di cittadini.

Per tutti questi motivi la Corte interamericana, nell'accertamento di violazioni che riguardano circoscritte libertà fondamentali, trova l'occasione di verificare se, insieme a queste, siano pienamente rispettati i requisiti del giusto processo e dell'accessibilità alla giustizia. Come essa stessa ha ribadito in relazione alla valenza dell'art. 25:

> "*The inexistence of an effective recourse against the violation of the rights recognized by the Convention constitutes a transgression of the Convention by the State Party in which such a situation occurs. In that respect, it should be emphasized that, for such a recourse to exist, it is not enough that it is established in the Constitution or in the law or that it should be formally admissible, but it must be truly appropriate to establish whether there has been a violation of human rights and to provide everything necessary to remedy it.*

---

degli atti d'accusa; c) tempo e mezzi adeguati per preparare la propria difesa; d) il diritto dell'accusato di difendersi personalmente o di essere assistito da un difensore di sua scelta e di comunicare liberamente e in privato con il proprio legale; e) il diritto inalienabile di essere assistito da un difensore d'ufficio, pagato o meno dallo Stato secondo quanto dispone la normativa interna, se l'accusato non si difende personalmente o non nomina un proprio difensore entro il periodo di tempo fissato dalla legge; f) il diritto della difesa di esaminare i testimoni presentati davanti alla corte e di ottenere la comparizione, in qualità di testimoni, di periti o di altre persone che possano far luce sui fatti; g) il diritto di non essere obbligato a testimoniare contro se stesso o a confessarsi colpevole; e infine h) il diritto a proporre appello contro il giudizio. 3. La confessione da parte dell'accusato sarà valida solo se fatta al di fuori di qualunque forma di coercizione. 4. Una persona accusata che sia stata assolta con sentenza non più appellabile non sarà soggetta ad un nuovo processo per lo stesso reato. 5. I procedimenti in materia penale sono pubblici, salvo si renda altrimenti necessario per proteggere gli interessi della giustizia".

[425] L'art. 25 recita: 1. Ognuno ha diritto ad un accesso semplice e rapido o comunque effettivo ad una corte o tribunale competente per ottenere protezione dagli atti che violano i suoi diritti fondamentali riconosciuti dalla costituzione o dalle leggi dello Stato in questione o dalla presente Convenzione, anche quando tali violazioni siano state poste in essere da persone nell'esercizio di funzioni ufficiali. 2. Gli Stati Parti si impegnano a: a) assicurare che ogni persona che propone un'azione abbia accertato il proprio diritto da un'autorità competente costituita secondo l'ordinamento legale dello Stato; b) espandere le possibilità di rimedio giudiziario; c) assicurare che autorità competenti diano esecuzione alle decisioni prese sulle basi del ricorso presentato.

Those recourses that are illusory, owing to the general conditions in the country or to the particular circumstances of a specific case, shall not be considered effective"[426].

Riguardo all'illusorietà dei ricorsi, la Corte si riferisce a quelle situazioni in cui i giudizi rimangono senza effetti per mancanza di mezzi o per diniego di giustizia a causa di ingiustificati ritardi o per l'impedimento di ricorrere a un giudice, senza tralasciare i casi di processi imparziali[427]. Queste circostanze inducono la Corte ad arrogarsi la competenza di valutare i procedimenti giudiziari statali per stabilire con accuratezza la violazione degli articoli della Convenzione[428]. Come specifica la Corte, questa è l'unica via:

"*in order to clarify whether the State has violated its international obligations owing to the acts of its judicial organs, the Court may face the need to examine the related domestic proceedings*"[429].

Seppur ispirandosi ai principi generali di diritto internazionale, la Corte vi si discosta proponendo modelli avanzati in ordine al contenuto e all'applicazione della *restitutio in integrum*; questo atteggiamento risulta ancora più evidente rispetto ai suoi effetti. Come si è avuto modo di precisare, la relazione allegata all'ILC *draft articles* adotta un'interpretazione restrittiva a tal riguardo, limitando la restituzione al ripristino dello *status quo ante* e rifiutando di restituire quanto si sarebbe ottenuto nel frattempo se la violazione non fosse sussistita[430]. I giudici americani fanno un ulteriore passo avanti rispetto a questa impostazione, applicando il rimedio in questione anche per i danni subiti in relazione al mancato godimento del diritto violato. È quanto la stessa Corte ha definito riparazione per il *proyecto de vida* (*life plan*, ovvero progetto di vita), ossia il rimedio per le lesioni sofferte che hanno compromesso definitivamente le

[426] Cfr. il caso Constitutional Court v. Perù del 31 gennaio 2001 ,§89; opinione consultiva *Judicial Guarantees in States of Emergency*, OC-9/87del 6 ottobre 1987, §23.
[427] Cfr.il caso Ivcher Bronstein c. Perù, cit., §137.
[428] Caso Palamara-Iribarne c. Cile, cit., §121.
[429] Cfr. i casi Mapiripán Massacre c. Colombia del 15 settembre 2005, § 198; Moiwana Community del 15 giugno 2005, § 143; Serrano-Cruz sisters dell'1 marzo 2005, §57.
[430] Si è già detto che la Commissione di diritto internazionale scarta l'ipotesi estensiva in quanto altrimenti lo Stato vittima verrebbe risarcito per i danni quantificabili soltanto in astratto. Tuttavia essa si preoccupa di precisare che quantunque si possano prevedere dei danni eventuali si potrebbe rimediare a questi attraverso la compensazione o il pagamento degli interessi (v. cap. 1, §1.2.3).

ambizioni a cui l'individuo legittimamente aspirava e che non si sono concretizzate a causa della privazione illegittima della libertà.

Il progetto di vita si attua dunque non solo con un risarcimento pecuniario del danno ma soprattutto attraverso la disponibilità dei mezzi necessari per 'recuperare' il tempo perduto. In definitiva si tratta di un concetto strettamente legato alla nozione di autodeterminazione della persona[431]. Gli esempi della sua applicazione sono ormai ricorrenti, ma vale la pena riferire alcuni *leading cases*.

Il primo caso di riconoscimento di *life plan* è *Loayza Tamayo c. Perù* del 1998[432], in cui la Corte aveva constatato che la ricorrente, professoressa universitaria e attivista di diritti umani, una volta rimessa in libertà grazie alla pronuncia di merito americana, era stata costretta a vivere in un paese straniero senza impiego e bisognosa di cure a causa delle minacce ancora subite. Questa situazione naturalmente influiva sul suo stile di vita, tanto che la Corte riconosce espressamente la violazione di un grave danno relativo al *life plan*. Nonostante in questa prima decisione, la Corte non si sbilancia nell'indicazione specifica della riparazione, consapevole delle difficoltà per la sua individuazione[433]. In virtù del riconoscimento del *life plan*, lo Stato riconosce comunque l'erogazione pensionistica alla ricorrente comprendente il periodo in cui era prigioniera.

Nel caso *Cantoral Benavides c. Perù* del 2001[434] la Corte stabilisce che, oltre ai danni materiali, il signor Benavides, illegittimamente detenuto, avrebbe dovuto ottenere

[431] Nel caso Loayazo Tamayo c. Perù, cit., nei §147-148 la Corte afferma che: "147. The head of damages to a victim's "life plan" has been examined both in recent doctrine and case law. This notion is different from the notions of special damages and loss of earnings. It is definitely not the same as the immediate and direct harm to a victim's assets, as in the case of "indirect or consequential damages." The concept of lost earnings refers solely to the loss of future economic earnings that can be quantified by certain measurable and objective indicators. The so-called "life plan," deals with the full self-actualisation of the person concerned and takes account of her calling in life, her particular circumstances, her potentialities, and her ambitions, thus permitting her to set for herself, in a reasonable manner, specific goals, and to attain those goals. 148.The concept of a "life plan" is akin to the concept of personal fulfillment, which in turn is based on the options that an individual may have for leading his life and achieving the goal that he sets for himself. Strictly speaking, those options are the manifestation and guarantee of freedom. An individual can hardly be described as truly free if he does not have options to pursue in life and to carry that life to its natural conclusion. Those options, in themselves, have an important existential value. Hence, their elimination or curtailment objectively abridges freedom and constitutes the loss of a valuable asset, a loss that this Court cannot disregard".

[432] *Ibidem*.

[433] *Ibidem*, §154.

[434] Cantoral Benavides c. Perù (Reparations) del 3 dicembre 2001, §80 in cui si specifica: "The best way to restore Luis Alberto Cantoral Benavides' life plan is for the State to provide him with a fellowship for advanced or university studies, to cover the costs of a degree preparing him for the profession of his

assistenza dallo Stato per conseguire la laurea mentre con la decisione *Trujillo Oroza c. Bolivia* la Corte riconosce il risarcimento al *proyecto de vida* a favore della madre di un *desaparecido* per aver impiegato venticinque anni nella ricerca del figlio conseguendo quindi un danno rimarchevole al proprio stile di vita[435].

L'applicazione di questa nuova forma di riparazione non ha trovato da subito l'accordo unanime in seno al *plenum* della stessa Corte. Alcune opinioni dissenzienti infatti sono state manifestate da parte di quei giudici che temevano lo sviluppo di effetti perversi. Essi sostenevano che l'art. 63 della Convenzione non legittimava il ricorso ai rimedi non oggettivamente quantificabili, alimentando dunque situazioni di incertezza giuridica[436]. Di parere contrario erano invece coloro che vedevano nel progetto di vita una strada per fornire un'adeguata riparazione che considerasse la totalità della persona e l'impatto che le violazioni dei diritti fondamentali hanno sulla vita della stessa, prescindendo da prospettive materiali e focalizzando invece l'attenzione sulle risorse intellettive[437].

Quest'ultimo punto di vista è indicativo di un atteggiamento generale della Corte interamericana che, nella sua giurisprudenza in tema di rimedi, mostra una linea di tendenza ben consolidata, ossia la preferenza per le riparazioni non monetarie rispetto al mero risarcimento pecuniario dei danni civili.

3.3.2 (segue) La compensazione come forma di rimedio complementare

L'interpretazione estensiva dell'applicazione della *restitutio in integrum* rappresenta una delle tante conferme di come per la Corte sia necessario fornire una riparazione individuale sostanziale, relegando quella compensativa a una semplice integrazione[438]. In definitiva, la Corte si limita a stabilire il risarcimento pecuniario dei

---

choosing, and his living expenses for the duration of those studies, at a learning institution of recognized academic excellence, which the victim and the State select by mutual agreement".

[435] Trujillo Oroza c. Bolivia (Reparations) del 27 febbraio 2002, §88, p.to c).

[436] V. opinione separata del giudice Jackman alla sentenza Loayaza Tamayo, cit.

[437] Così i giudici Cancado Trindade e Abreo-Burelli nell'opinione separata alla decisione Loayaza Tamayo, cit., *ibidem*, §10-11.

[438] Oltre alla restitutio in integrum come si vedrà nelle prossime pagine la Corte predilige altre forme riparatorie individuali, quale anche la riabilitazione. V. *infra* §3.3.3.

danni solo in combinazione con altri rimedi individuali o strutturali, escludendo la compensazione quale unica riparazione.

Ciononostante, anche su questo tema, la giurisprudenza interamericana è ricca di spunti. In realtà, come per la restituzione, essa ha apportato cambiamenti significativi a livello di principi, tanto da avvalorare la tesi della particolare natura giuridica della Corte interamericana che si distanzia dalle Corti internazionali classiche. Come un vero tribunale civile interno, essa stabilisce con esattezza le somme da erogare per i danni materiali e morali, salvo il raggiungimento di un accordo tra le parti sottoposto comunque ad una sua esplicita approvazione. Per soddisfare adeguatamente lo scopo, il più delle volte la Corte si avvale di esperti che procedono alla stima di tali danni attraverso indagini accurate in modo da determinare con precisione il loro ammontare.

Compiendo un passo ulteriore rispetto alla giurisprudenza internazionale classica, la Corte interamericana non ha esitato sin dal primo momento a considerare non solo i danni materiali ma anche quelli morali, ipotesi non contemplata invece dalla Corte internazionale di giustizia[439]. In ogni caso, in conformità con l'ILC *draft articles*, al fine di stabilire la somma da erogare, i giudici americani ricorrono al principio di proporzionalità e di equità, precisando che la compensazione in denaro non deve rappresentare una forma di arricchimento o impoverimento della vittima[440].

Senza soffermarsi sulle modalità di calcolo[441] ma facendo riferimento ai tipi di danni risarcibili, la Corte americana vede in quelli materiali la perdita di guadagni causata dalla lesione di un diritto fondamentale, detto in gergo civilistico lucro cessante[442]. In aggiunta, essa assicura il rimborso sia di un bene di proprietà andato

[439] Cfr. cap. 1, §1.2.3. Conforme alla giurisprudenza della Corte interamericana è anche quella della Corte europea che se stabilisce il pagamento dei danni non esita oggi a considerare anche quelli morali (v. *supra* § 3.2.2).

[440] Cfr. i casi Cesti Hurtado c. Perù (Reparations) del 31 maggio 2001, §34; The "Street Children" (Villagrán Morales et al.) c. Guatemala (Reparations), del 26 maggio 2001, § 61; The "White Van" (Paniagua Morales e altri.) c. Guatemala (Reparations), del 25 maggio 2001, § 77; Cantoral Benavides (Reparations) del 3 dicembre 2001, §40-41.

[441] Sul modo in cui la Corte giunge a stabilire la somma dei danni da erogare v. D. Shelton, *Remedies in international human rights*, cit., pp. 299-353; J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of human rights*, cit., pp. 256-280; della stessa A., *Victim reparations in the Inter-American human rights system*, cit., pp. 26-34.

[442] V. ad es. i casi Villagrán Morales e altri c. Guatamela (Reparations), noto come the Street children case del 26 maggio 2001, §79; Bámaca Velásquez c. Guatemala (Reparations) del 22 febbraio 2001, §51, p.to b); Neira Alegría e altri c. Perù (Reparations) del 19 settembre 1996, §49-50; El Amparo c. Venezuela, cit., §12; Aloeboetoe e altri c. Suriname, cit., §87; Ivcher Bronstein c. Perù, cit., §181.

distrutto[443], sia di diverse spese tra cui quelle mediche sostenute o da sostenersi in futuro per le lesioni fisiche e psichiche conseguenti alla violazione subita[444] o quelle sopportate dai parenti dei *desaparecidos*[445].

Riguardo ai risarcimenti dei danni morali, la prassi della Corte interamericana non è uniforme, oscillando tra somme consistenti e importi del tutto simbolici[446]. Nonostante essa tenti un'applicazione rigorosa del principio di equità, l'intrinseca soggettività dei danni morali e le specificità dei casi concreti fanno sì che la Corte si pronunci in modo diametralmente opposto rispetto a casi che appaiono simili. Una novità importante che introduce la prassi americana è costituita dal riconoscimento dei danni morali non solo alle vittime o ai suoi diretti discendenti, ma anche a coloro che sono legati da speciali rapporti di parentela in conformità col diritto di famiglia 'locale'. È esemplificativo in tal senso il caso *Aloeboetoe e altri c. Suriname*[447] dove la Corte ha esteso i danni morali a coloro che avevano rapporti di poligamia con le vittime decedute appartenenti ad una tribù indigena. Le motivazioni addotte dai giudici si fondano essenzialmente su due considerazioni: da un lato sul fatto che questa comunità si è sempre gestita secondo regole proprie, dall'altro sull'inerzia dello Stato del Suriname che non ha provveduto a legalizzare l'istituto del matrimonio e alla creazione di un registro delle nascite in questa parte di territorio[448].

In secondo luogo, nonostante il principio di equità, il risarcimento dei danni morali diminuisce se lo Stato riconosce la propria responsabilità a livello internazionale. Se è vero che ciò produce una giurisprudenza altalenante, la Corte sembra indifferente mostrando maggior attenzione agli effetti delle sue decisioni. Il suo intento è infatti incoraggiare gli Stati che ammettono le proprie responsabilità a evitare in futuro di incorrere in uno stesso tipo di violazione. In tal modo, la Corte punta più su rimedi

[443] Magagna Awas Tingni Community c. Nicaragua(Merits) del 2001, risoluzione n.2.
[444] Caracazo c. Venezuela (Reparations) del 29 agosto 2002, §87; Loayza Tamayo c.Perù, (Reparations) cit., §106, p.ti i) e j); Cantoral Benavides c. Perù, cit., §51; Trujillo Oroza c. Bolivia, cit., §53, p.to g), §75; Bámaca Velásquez c. Guatemala, cit., *ibidem*, §54, p.to b).
[445] Velásquez Rodriguez c. Hinduras, cit.,§42; Godínez Cruz c. Honduras, cit., §40; Bámaca Velásquez c. Guatemala, cit., *ibidem*, §54, p.to c).
[446] Ciò ha sollevato alcune critiche da parte della dottrina. D. Shelton ad esempio afferma che bisognerebbe puntare di più sulla ricerca di standard comuni per l'applicazione della compensazione perché altrimenti si alimenterebbe una certa sfiducia nella giustizia e nell'integrità del sistema dei diritti umani. Cfr. D. Shelton, *Remedies in international human rights law*, cit., pag.353.
[447] Aloeboetoe e altri c. Suriname, cit., §62-63.
[448] *Ibidem*, §58.

anche simbolici piuttosto che pecuniari, in modo da costruire un concreto sistema di protezione dei diritti fondamentali proiettato al domani. Questo atteggiamento è condiviso anche dagli stessi parenti delle vittime che il più delle volte non si dimostrano interessati alla sola riscossione di denaro che non può adeguatamente risarcirli in quanto non è in grado di 'umanizzare' le vittime[449]. Vero è che se la violazione della Convenzione riguarda un fatto grave come la lesione del diritto alla vita, la Corte non si esime mai da risarcire i danni morali nonostante lo Stato abbia ammesso la propria responsabilità.

3.3.3 I rimedi strutturali come forma di soddisfazione

Secondo la disciplina internazionale classica dei rimedi, la soddisfazione rappresenta una forma morale alternativa o integrativa rispetto alle altre, ma sempre successiva. In base al criterio gerarchico stabilito dalla giurisprudenza internazionale e codificato nell'ILC *draft articles*, si ricorre alla soddisfazione quando la *restitutio in integrum* e la compensazione non sono attuabili o, al limite, in combinazione con queste[450]. Al contrario, nella prassi interamericana, al contrario, essa ha trovato applicazione straordinaria perchè considerata la forma di riparazione più conforme alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Con il ricorso alla soddisfazione la Corte riesce a raggiungere un obiettivo importante, ovvero garantire la non ripetizione dell'illecito in futuro.

L'interpretazione che la Corte ha dato in merito si spinge fino a legittimare dall'alto cambiamenti strutturali degli ordinamenti interni. La soddisfazione si sostanzia, infatti, nell'indicazione di modelli di riabilitazione consistenti o in particolari pratiche sociali o in specifiche adozioni di disposizioni legislative e amministrative. Tutte forme queste che incidono sugli equilibri istituzionali statali che, se da un lato prescindono dal risarcimento *ad personam* delle vittime, dall'altro tentano di migliorare la situazione generale dei diritti umani attraverso 'l'educazione' alla loro protezione e il

[449] V. caso Street children c. Guatemala, cit., §85, p.to g) . Tale decisione aveva ad oggetto un caso di tratta di bambini trattati più come bene di proprietà di cui poter disporre come merce che come persone.
[450] Si rinvia al cap. 1, §1.2.3.

consolidamento di sistemi giuridici rispettosi dello stato di diritto, e quindi delle libertà fondamentali[451].

Alla luce di ciò, la Corte cerca tendenzialmente di non applicare la forma di soddisfazione più comune nel diritto internazionale, ovvero la semplice constatazione della violazione. Al contrario della prassi europea, dove come si è visto la *declaratory judgments* è molto utilizzata[452], in quella interamericana non trova molto spazio. Come si è avuto modo di ribadire per i rimedi individuali, i giudici americani ritengono, in presenza di gravi violazioni, la dichiarazione della responsabilità statale insufficiente. La diffidenza con cui la Corte si accosta a questo rimedio si giustifica sulla base della natura ambigua di tali dichiarazioni che possono celare intenti sleali: gli Stati infatti ne trarrebbero vantaggio in quanto, oltre a evitare l'applicazione di una serie di rimedi, si risparmierebbero una condanna da parte dell'intera comunità internazionale senza, al contempo, impegnarsi per migliorare la tutela dei diritti. Anche nei rari casi in cui la *declaratory judgments* viene adottata, questa è solitamente integrata da un atto scritto statale pubblicato e diffuso in cui il paese condannato dichiara il riconoscimento della propria responsabilità[453].

Entrando nel merito delle categorie di soddisfazione individuate dalla prassi americana, tre le forme più comuni della riabilitazione 'sociale' vi sono quelle atte a preservare il ricordo di massacri che hanno riguardato donne, bambini o comunità indigene, ovvero la popolazione più vulnerabile. A questo proposito si possono citare alcuni casi indicativi.

Nella decisione *Street children c. Guatemala* concernente la violazione del diritto alla vita, la tortura e la condizione di schiavitù, la Corte ha ordinato la creazione di un centro educativo con una targa commemorativa dedicata alle vittime, insieme ad

[451] In realtà, si è visto nel corso di queste ultime pagine che la giurisprudenza interamericana non è indifferente alla situazione individuale delle vittime. Essa infatti non si esime dal comminare rimedi precisi che si focalizzano solo sulle vittime, come nel caso della *restitutio in integrum*. Ciò che la Corte tenta di evitare è il ricorso a semplici risarcimenti pecuniari. Nel caso dei rimedi strutturali, questi generalmente accompagnano quelli individuali cercando quindi di raggiungere contemporaneamente gli obiettivi di soddisfare le vittime e garantire la non ripetizione degli illeciti in futuro.

[452] V. *supra* § 3.2.2.

[453] V. ad es. il caso Tibi c. Ecuador del 7 settembre 2004, §261. Nel caso Serrano-Cruz sisters c. El Salvador dell'1 marzo 2005, §195, in cui la Corte dispone la pubblicazione della sentenza sulla gazzetta ufficiale e sul quotidiano nazionale più diffuso. Nel caso Miguel Castro-Castro prison c. Perù del 25 novembre 2006, § 447 la Corte ordina addirittura la programmazione della dichiarazione statale del riconoscimento della propria responsabilità per l'illecito commesso su una rete nazionale televisiva e radiofonica, per almeno due volte a distanza non inferiore di due settimane, in cui lo Stato dichiara il.

alcuni rimedi individuali. Nel caso *Serrano Cruz sisters c. El Slavador* si è designato un giorno della memoria per ricordare i bambini scomparsi durante un conflitto armato[454], mentre nella decisione *Huilca-Tecse c. Perù* si è stato istituito un corso universitario intitolandolo alla vittima[455]. La commemorazione prevede anche la costruzione di monumenti o l'intestazione di strade a favore dei cittadini uccisi o scomparsi[456], o ancora la richiesta che lo Stato condannato porga pubbliche scuse e si impegni a far luce su quanto accaduto[457]. Quest'ultima forma di riabilitazione è preferita se sono coinvolti dei cittadini stranieri, in modo che lo Stato responsabile riconosca l'illecito davanti al loro paese d'origine; tale riparazione è efficace in quanto non disonora il paese in questione bensì ne attesta l'integrità e la capacità di ammettere gli errori commessi[458].

In particolare, per i casi di *desaparecidos* la Corte ordina agli Stati di impegnarsi a recuperare le salme delle vittime a proprie spese e con mezzi propri e, quindi, procedere alle riesumazioni per assicurare loro una degna sepoltura[459].

Se la riabilitazione sociale, così come applicata dalla Corte interamericana, rappresenta un notevole passo avanti nella disciplina internazionale dei rimedi, l'applicazione di quelli strutturali non ha eguali. Nonostante la Corte europea si mostri recentemente incline a utilizzarle sulla base di interpretazioni singolari della Cedu[460], i giudici americani sin da subito ne hanno fatto un largo uso. Come si è più volte ribadito, le situazioni particolari che soffrono gli stati americani del centro-sud costringono la Corte a sostituirsi ai tribunali interni i quali, il più delle volte, sono servi del potere politico. Se per i rimedi individuali essa si comporta come una Corte di appello o di Cassazione, nella constatazione di violazioni strutturali le decisioni convenzionali si

[454] *Ibidem*, §196.
[455] Huilca-Tecse c. Perù del 3 marzo 2005, §113.
[456] Sulla costruzione di monumenti si rimanda a una serie di casi soprattutto colombiani in cui in alcuni di essi la Corte dispone che lo Stato venga guidato da dei supervisori per decidere il progetto e l'ubicazione delle opere: Mapiripán Massacre c. Colombia del 15 settembre 2005, §315; Pueblo Bello Massacre c. Colombia del 31 gennaio 2006, §278; 19 Tradesmen c. Colombia del 5 luglio 2004, §273; Moiwana Village c. Suriname del 15 giugno 2005, §218; Intuango Massacres c. Colombia dell'1 luglio 2006, §408. Per quanto invece riguarda la dedica di strade cfr. ad es. il caso Myrna Mack-Chang c. Guatemala del 25 novembre 2003, §146.
[457] Tra i tanti casi v. Cantoral Benavides c. Perù, cit., §81; Trujillo Oroza c. Bolivia, cit., §37; Durand and Urgate c. Perù (Reparations) del 3 dicembre 2001, §39, p.to b).
[458] Così si esprime J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of human rights*, cit., pag.254.
[459] V. ad es. Las Palmeras c. Colombia (Reparations) del 26 novembre 2006; §76-77 e Risoluzione n. 4; caso Street children c. Guatemala, cit., §102; Panel Blanca (Paniagua Morales e altri) c. Guatemala (Reparations) del 25 maggio 2001, Risoluzione n. 3.
[460] Si pensi soprattutto alla dottrina della sentenza pilota di cui si è riferito nel §3.2.5.

possono paragonare a quelle delle Corti costituzionali interne. In tali sentenze si leggono dichiarazioni di inconvenzionalità di leggi o pronunce a cui lo Stato dovrà rimediare con riforme legislative o amministrative. L'obbligo il più delle volte ricade sul potere parlamentare anche se non mancano casi in cui devono rimediare i giudici interni pronunciandosi con sentenze in cui viene dichiarata l'illegittimità delle leggi interne.

Quanto detto per la restituzione e le forme di riabilitazione sociale vale, a maggior ragione, per i rimedi strutturali. L'intento primario della Corte per migliorare l'intero sistema di protezione delle libertà fondamentali è da un lato assicurare una congrua forma di riparazione alle vittime, dall'altro evitare che medesime violazioni si ripetano nel tempo. Poiché in America Latina vi sono ostacoli di tipo strutturale, la giurisprudenza della Corte interamericana rappresenta un buon punto d'appoggio anche per quei paesi più sensibili e impegnati politicamente nella tutela dei diritti umani.

L'elenco dei casi in cui la Corte ordina riforme strutturali è nutrito e consolidato sebbene anche in questo ambito si siano registrate significative evoluzioni. Nei primi dieci anni della sua attività, la Corte si è limitata a stabilire i possibili contenuti dei rimedi individuali[461], dal 1998 ha invece inaugurato una nuova stagione incentrata sul rafforzamento della prassi dei rimedi strutturali[462] fino a raggiungere livelli difficilmente prevedibili. A tal riguardo, si ricorda l'affermazione della competenza della Corte nell'indicare riforme interne anche quando le leggi ritenute inconvenzionali non si applicano al ricorrente[463] e, al tempo stesso, la sua autolegittimazione ad

[461] È indicativo in tal senso il caso El Amparo c. Venezuela (Reparations) del 14 settembre 1996, Risoluzione n. 5, in cui la Corte si rifiuta, per carenza di giurisdizione, di dichiarare l'inconvenzionalità del codice militare statale e quindi di indicare la necessità di riformare tale assetto legislativo come invece aveva richiesto insistentemente la Commissione.

[462] Come sostenuto da J. Pasqualucci, l'elaborazione della giurisprudenza sui rimedi strutturali si è resa necessaria per due ordini di ragioni: poiché il sistema convenzionale è sussidiario, a causa della regola dell'esaurimento delle vie interne i ricorrenti erano costretti a soffrire oltre misura la lesioni di diritti che sarebbe potuta essere anticipata solo con decisioni che incidessero sulla garanzia di non ripetizione dell'illecito in futuro; l'espansione dei ricorsi alla Corte che avevano ad oggetto denunce il cui contenuto era stato già deciso precedentemente. Sul punto cfr. J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the Inter-American Court of human rights*, cit., pag. 245.

[463] Qualora infatti la Corte si renda conto nel corso del giudizio che una qualche disposizione legislativa nazionale possa essere in contrasto coi precetti della Convenzione, anche se non ha avuto una diretta incidenza sulla violazione dei diritti impugnati dal ricorrente, la Corte non si risparmia dal suggerire una riforma adeguata della legge sulla base dell'applicazione dell'art. 2 del Patto. Cfr. ad es. il caso Suarez Rosero c. Ecuador del 12 novembre 1997, §98 in cui la Corte intravede in linea di principio tale possibilità, senza tuttavia applicarla; il primo caso in cui tale impostazione trova un riscontro vero è Hilaire, Constantine e Beniamine altri c. Trinidad and Tobago del 2002, §116.

annullare direttamente le leggi statali, attribuendo alla Convenzione e alla giurisprudenza convenzionale il potere dell'effetto diretto[464].

Si è precedentemente accennato che la base giuridica su cui la Corte fonda la dottrina delle violazioni strutturali è la lettura sistematica della Convenzione; in particolar modo l'applicazione in combinato disposto degli artt. 2 (Effetti della Convenzione negli ordinamenti nazionali) e 63 del Patto o, nei casi in cui è palese la necessità di riformare leggi in materia giudiziaria, l'aggiunta degli artt. 8 (Diritto a un processo equo) e 25 (Protezione giudiziaria). Anche un'interpretazione estensiva del solo art. 63 non premetterebbe alla Corte di ordinare rimedi per le violazioni strutturali, incidendo sugli assetti legislativi interni. Tale disposizione, seppur ribadendo il principio internazionale della responsabilità statale, sembra restringere il campo d'azione ai casi delle riparazioni individuali[465], nello specifico alla *restitutio in integrum*, ravvisando l'obbligo di fornire un rimedio effettivo e non pecuniario alle violazioni dei diritti fondamentali[466]. La sua lettura in combinazione con l'art. 2 porta invece la Corte ad ampliare la propria competenza nel suggerire cambiamenti legislativi adeguati al fine di assicurare la conformità dell'ordinamento nazionale alla Convenzione. La disposizione cui si fa riferimento esorta esplicitamente gli Stati ad adottare leggi e altre misure necessarie a rendere effettivi i diritti convenzionali; è facile desumere pertanto che essa legittimi la Corte ad indicare i provvedimenti utili a garantire in concreto le libertà del Patto. Ciò è ancora più valido nell'ambito delle riforme giudiziarie in quanto le norme della Convenzione sul tema sono di per sé complete, almeno nell'identificazione di un loro standard minimo; non ci si può dunque stupire se la giurisprudenza americana le applichi diffusamente in combinato disposto con l'art. 63.

A questo punto è opportuno suddividere le decisioni riguardanti le violazioni strutturali in categorie specifiche:

---

[464] Cfr. caso Barrios Altos c. Perù (Reparations) del 30 novembre 2001. Il commento alla decisione sarà oggetto delle prossime pagine, v. *infra* in questo stesso paragrafo.

[465] Di tale avviso J. Pasqualucci, *Victim reparations in the Inter-American human rights system*, op. cit., pp. 40-41.

[466] V. *supra* cap.2, § 2.4.2. Dello stesso avviso P. Pirrone, *Sui poteri della Corte interamericana in materia di responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo*, in Riv. di diritto int.le, vol. 4, 1995, 940-961.

1. sentenze in cui la Corte ordina agli Stati di modificare o adottare disposizioni di legge;
2. sentenze in cui la Corte ordina di annullare decisioni passate in giudicato;
3. sentenze in cui essa stessa dichiara la nullità di un atto interno.

Decisioni sull'obbligo di modificare la legislazione vigente o di adottare nuovi provvedimenti legislativi

A tal riguardo, i casi sono davvero molteplici. Meritano tuttavia una particolare citazione quelli considerati i *leading cases* sull'argomento e le sentenze che consolidano tale prassi.

Per quanto riguarda l'obbligo di modificare le disposizioni normative vigenti, la prima volta che la Corte ha deciso in merito risale al 1999 con il caso *Castillo-Petruzzi c. Perù*[467]. Nello specifico essa ha stabilito che:

> *"domestic laws that place civilians under the jurisdiction of the military courts are a violation of the principles of the American Convention. Therefore, the State is to adopt the appropriate measures to amend those laws and ensure the enjoyment of the rights recognized in the Convention to all persons within its jurisdiction, without exception."*

L'importanza di tale decisione non consiste solo nell'aver aperto la strada alla prassi sui rimedi strutturali, ma anche in quanto costituisce il precedente di una storica sentenza in cui la Corte ha disposto addirittura la modifica del testo costituzionale interno.

Nel noto caso *The Last Temptation of Christ*[468] si sollecita il Cile a modificare precise disposizioni costituzionali al fine di eliminare l'istituto della censura preventiva espressamente vietata dal paragrafo 2 dell'art. 13 della Convenzione (Libertà di pensiero e di espressione)[469]. La Corte giustifica tale presa di posizione invocando il

[467] Caso Castello- Petruzzi del 30 maggio 1999, §222.
[468] Caso The Last Temptation of Christ (Olmeto-Bustos e altri) c. Cile del 5 febbraio 2005, §98. Nello specifico con tale sentenza la Corte chiedeva al Cile di modificare il §12 dell'art. 19 della Costituzione oltre che al decreto n. 679. è rilevante notare che dopo poco tempo lo Stato cileno ha informato la stessa Corte di aver provveduto ad approvare una nuova legge che disciplinasse il cinema e lo spettacolo in sintonia coi precetti convenzionali.
[469] Nello specifico l'art. 13 dispone che: "1. Ognuno ha il diritto alla libertà di pensiero e d espressine. Tale diritto include la libertà di ricercare, ricevere e trasmettere informazioni e idee di ogni tipo, senza considerazione di frontiera, oralmente o per iscritto, attraverso la stampa, in forma artistica o attraverso

diritto consuetudinario internazionale che obbligherebbe gli Stati nazionali ad adottare qualsiasi misura per conformarsi ai trattati sui diritti umani. In un passaggio fondamentale essa infatti ha affermato:

> *"In international law, customary law establishes that a State which has ratified a human rights treaty must introduce the necessary modifications to its domestic law to ensure the proper compliance with the obligations it has assumed. This law is universally accepted, and is supported by jurisprudence. The American Convention establishes the general obligation of each State Party to adapt its domestic law to the provisions of this Convention, in order to guarantee the rights that it embodies. This general obligation of the State Party implies that the measures of domestic law must be effective (the principle of effet utile). This means that the State must adopt all measures so that the provisions of the Convention are effectively fulfilled in its domestic legal system, as Article 2 of the Convention requires. Such measures are only effective when the State adjusts its actions to the Convention's rules on protection".*

Sulla base di questo principio si sono susseguite altre decisioni. Ciò è accaduto per esempio in relazione alla disciplina *dell'habeas corpus* nel Trinidad and Tobago[470] in cui la Corte ha favorito l'eliminazione del *Corporal Punishment Act* in palese contraddizione con il divieto di tortura previsto nell'art. 5 del Patto convenzionale[471].

---

qualunque altro medium di propria scelta. 2. L'esercizio del diritto di cui al paragrafo precedente non sarà soggetto a censura preventiva, ma sarà motivo di responsabilità successiva, come stabilito espressamente dalla legge nella misura necessaria ad assicurare: a) il rispetto dei diritti e della reputazione di altri; b) la protezione della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico o della salute o della morale pubblica. 3. Il diritto di espressione non può essere limitato con metodi o mezzi indiretti, quali l'abuso di controlli pubblici o privati sulla stampa periodica, sulle frequenze per le trasmissioni radio, o sulle strumentazioni per la diffusione dell'informazione, o con ogni altro mezzo che tenda ad impedire al comunicazione e la circolazione di idee e opinioni. 4. Nonostante quanto previsto nel paragrafo 2, gli spettacoli pubblici possono essere sottoposti da parte della legge a forme di censura preventiva al solo scopo di regolarne l'accesso per proteggere la morale dell'infanzia e dell'adolescenza. 5. Qualunque propaganda in favore della guerra e qualunque richiamo all'odio nazionale, razziale o religioso che costituisca incitamento alla violenza illegale o ad ogni altra azione simile contro qualunque persona o gruppo di persone per qualsiasi ragione, compresi motivi di razza, colore, religione, lingua o origine nazionale o sociale, deve essere considerato dalla legge come reato".

[470] Caso Caesar c. Trinidad and Tobago del 5 maggio 2005. Sempre sull'*habeas corpus* si può citare anche il caso Blanco Romero e altri c. Venezuela del 28 novembre 2005. V. anche il più recente caso in linea col precedente che regolamento i casi sull'*habeas corpus* nei periodi di emergenza, Zambrano-Vélez e altri c. Ecuador del 4 luglio 2007, §152-154.

[471] L'art. 5 della Convenzione stabilisce: 1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria integrità fisica, mentale e morale. 2. Nessuno sarà sottoposto a tortura o a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti. Tutti coloro privati della libertà saranno trattati con il rispetto dovuto alla dignità inerente di persona umana. 3. La pena non sarà inflitta ad alcuna persona diversa dal reo. 4. Le persone accusate saranno detenute separatamente dalle persone condannate, salvo circostanze eccezionali, e saranno

Sono di estrema rilevanza anche quei casi ove si dispone la modifica delle leggi sulle pene capitali restringendone il campo d'applicazione solo alle ipotesi più gravi di omicidio[472] in conformità con il comma 2 dell'art. 4 (Diritto alla vita)[473]. La giurisprudenza è inoltre ricca di esempi che cercano di migliorare gli ordinamenti interni per fronteggiare il problema delle sparizioni forzate[474].

Per quanto riguarda la prassi che ordina l'adozione di nuove disposizioni legislative, questa si focalizza essenzialmente su quei contesti che necessitano l'attuazione di fondamentali misure non ancora esistenti negli ordinamenti. I casi più rilevanti interessano il diritto di proprietà e l'esigenza di leggi che regolino i confini con i territori delle comunità indigene in conformità con i loro statuti, usi e valori[475].

Decisioni sull'annullamento di pronunce interne già passate in giudicato

Questa categoria comprende tutta una serie di decisioni della Corte interamericana in cui si ordina essenzialmente la riapertura di processi o il rilascio immediato delle vittime ricorrenti senza la necessità di revisionare il giudizio. Di tali decisioni si è già riferito nella trattazione sulla restituzione giuridica. Si rinvia pertanto a tale paragrafo[476].

---

sottoposte ad un trattamento adatto alla loro condizione di individui che non hanno subito condanne. 5. I minori d'età saranno sottoposti a procedimenti penali distinti da quelli predisposti per gli adulti, che si svolgono davanti a corti specializzate, con la massima speditezza, in modo da essere comunque trattati in modo conforme alla condizione minorile. 6. Le pene consistenti nella privazione della libertà dovranno tendere essenzialmente alla rieducazione e alla riabilitazione del prigioniero".

[472] Caso Hilair, Constantine e Benjamin e altri c. Trinidad and Tobago del 21 giugno 2002, §86 e 212, Risoluzione n. 8. V. anche la più recente decisione Boyce e altri c. Barbados del 20 novembre 2007, §127, p.ti b) e c), §128.

[473] Nello specifico il §2 dell'art. 4 dispone che: "Nei paesi che non hanno abolito la pena di morte, questa può essere imposta solo per i crimini più gravi e a seguito di una sentenza definitiva emessa da un tribunale competente e in base ad una disposizione di legge che preveda tale punizione, adottata prima della commissione del crimine. L'esecuzione della pena capitale non si estende ai crimini per i quali essa non è attualmente prevista".

[474] V. ad es. il caso Gómez-Palomino c. Perù del 22 novembre 2005, §149.

[475] Mayagna Awas Tingni Community c. Nicaragua del 2001 §164. Tra i casi più recenti v. anche Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay del 29 marzo 2006, Risoluzione n. 12, in cui la Corte ordina l'adozione di provvedimenti con cui assicurare un meccanismo che permetta agli indigeni di poter facilmente rivendicare il diritto di proprietà sui territori dei propri avi; v. inoltre Saramaka People c. Suriname del 28 novembre 2007, §194, p.to f).

[476] Cfr. §3.3.1.

L'effetto diretto della giurisprudenza interamericana

Le decisioni finora analizzate hanno una caratteristica in comune, ovvero produrre conseguenze giuridiche qualora gli Stati accolgano i 'suggerimenti' della Corte interamericana, mettendo in atto le riforme da essa richieste. In altri termini, le sentenze dei giudici sovranazionali non hanno il requisito dell'effetto diretto in quanto è sempre necessario un intervento degli organi statali costituzionalmente competenti.

Nondimeno, anche a tal proposito, la prassi americana non manca di fornire esempi che vanno in direzione contraria. Questi riguardano le particolari leggi di amnistia, assai diffuse nei paesi tendenti a garantire una certa impunità agli esponenti di governo per atti manifestamente contrari alla protezione dei diritti umani. Nei confronti di tali provvedimenti, la Corte interamericana assume un atteggiamento singolare mostrando una netta intransigenza che si concretizza nel loro annullamento diretto.

Tale prassi è stata inaugurata con la decisione *Barrios Altos c. Perù* del 2001[477] che ha avuto un forte impatto sugli equilibri del paese, appena uscito da un periodo storico drammatico dopo la destituzione del governo autoritario di Alberto Fujimori[478]. In tale pronuncia la Corte prende largamente le distanze dalle leggi sull'amnistia dichiarando esplicitamente che:

> *"This Court considers that all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those*

[477] Barrios Altos c. Perù del 14 marzo 2001. La vicenda prende le mosse dall'approvazione di due leggi di amnistia in Perù del 1995 con le quali si voleva garantire l'impunità agli agenti dei servizi segreti statali responsabili della strage di Barrios Altros in cui morirono 15 persone mentre altre quattro rimasero ferite. Vi furono alcuni tentativi di far dichiarare tali leggi illegittime attraverso il ricorso alla Corte costituzionale peruviana ma il Tribunal constitutional negò sempre tale possibilità, rigettando le domande. Ciò spinse alcune associazioni per la protezione dei diritti umani a ricorrere alla Commissione e di seguito alla Corte interamericana, dove il ricorso giunse solo nel 2000. Nel frattempo s'insediò un nuovo governo che accettò di riconoscere la propria responsabilità a livello internazionale ciò tuttavia non trattenne la Corte dall'essere rigida nella sua decisione dichiarando nulle le leggi di cui si fa riferimento. Per una migliore descrizione dei fatti v. N. Vizioli, *Dichiarate prive di effetti le leggi di amnistia di gravi violazioni dei diritti umani*, in DPCE, vol. 3, 2001, pp. 1333-1334; per un commento sulla decisione della Corte interamericana v. anche C. Zanghì, *Gli effetti "diretti" delle sentenze della Corte interamericana. Una svolta "epocale" nella giurisprudenza? (Il caso "Barrios Altos")*, in Riv. della coop. giuridica int.le, vol. 2, 2002, pp. 9-23.

[478] Alberto Fujimori è stato presidente del Perù dal luglio 1990 al settembre 2000 contraddistinguendosi per il suo stile autoritario, specialmente dopo l'autogolpe del 1992, con il quale furono praticamente cancellate le libertà democratiche. Egli è stato infatti accusato di violazione dei diritti umani perpetrata con il commissionamento di omicidi, rapimenti, violenze e torture. Arrestato in Cile nel 2005, Fujimori subisce attualmente un processo in Perù dopo aver ottenuto la sua estradizione.

responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law"[479].

La diretta conseguenza di ciò consiste nella dichiarazione da parte della Corte della mancanza di valore legale delle leggi di amnistia peruviane[480], apportando novità sostanziali in relazione agli effetti della decisione.

Come le sentenze delle Corti costituzionali interne, con il caso *Barrios Altos* si riconoscono a quelle sovranazionali effetti *erga omnes* ed *ex tunc*, estranei al modo di essere delle pronunce internazionali. Più nello specifico, si possono evidenziare due aspetti inconsueti: innanzitutto viene meno la necessità di adottare un atto statale che renda esecutiva la decisione della Corte americana; in secondo luogo l'incompatibilità delle leggi dichiarate inconvenzionali si estende a tutti i casi presenti e futuri nei quali esse hanno trovato applicazione, non limitandosi al caso da cui si sono prese le mosse[481]. Tale posizione è stata inoltre ribadita dalla stessa Corte nel giudizio interpretativo della sentenza[482], nel quale è stato specificato che gli effetti della sentenza di merito hanno portata generale in virtù della grave responsabilità del Perù a causa delle leggi di amnistia[483].

È altresì originale il modo scelto dalla Corte interamericana per giungere alla conclusione del caso in esame. In generale, per la comminazione di rimedi individuali e strutturali, la Corte invoca la lettura sistematica della Convenzione facendo riferimento alla combinazione degli artt. 1, 2, 8 e 25 insieme con le disposizioni che si ritengono

[479] Barrios Altos. c. Perù, cit., §41.
[480] *Ibidem*, Risoluzione n. 4 che nello specifico riferisce: "The Court unanimously decides to find that Amnesty Laws No. 26479 and No. 26492 are incompatible with the American Convention on Human Rights and, consequently, lack legal effect".
[481] *Ibidem*, §44 di cui si riporta un estratto: "[…] the said laws may not have the same or a similar impact with regard to other cases that have occurred in Peru, where the rights established in the American Convention have been violated".
[482] Va ricordato che, in base all'art. 67, la Corte interamericana su richiesta delle parti e in caso di disaccordo circa il significato o la portata della sentenza emanata, deve darne un'interpretazione, a condizione che la richiesta sia formulata entro novanta giorni dalla data di notifica della sentenza.
[483] Cfr. Barrios Altos c. Perù. Interpretation of the Judgment on the Merits del 3 settembre 2001, §18 in cui si specifica che: "Enactment of a law that is manifestly incompatible with the obligations undertaken by a State Party to the Convention is per se a violation of the Convention for which the State incurs international responsibility. The Court therefore considers that given the nature of the violation that amnesty laws No. 26479 and No. 26492 constitute, the effects of the decision in the judgment on the merits of the Barrios Altos Cases are general in nature, and the question put to the Court in the Commission's request for interpretation must be so answered".

violate nel caso di specie. Nella decisione *Barrios Altos* invece la Corte afferma la violazione di un singolo principio generale internazionale, ovvero quello espresso nell'art. 2 autonomamente[484], senza la necessità di invocare assieme a tale norma quella specifica sul diritto leso[485].

In realtà, la sentenza *Barrios Altos* non giunge inaspettata, bensì era già stata preannunciata in diverse occasioni, in cui si era manifestata notevole preoccupazione per le leggi di amnistia. I lavori della Commissione interamericana e un'opinione consultiva della Corte avevano messo in luce i rischi derivanti da tali provvedimenti; garantire l'impunità a organi di governo significava allontanarsi dall'obiettivo che le istituzioni internazionali erano chiamate ad ottenere, ovvero il raggiungimento di un minimo standard di protezione delle libertà e, più in generale, dello stato di diritto. La Commissione aveva dichiarato l'incompatibilità delle leggi di amnistia argentine con la "Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo" in quanto gravemente lesive del diritto al giusto processo e alla protezione giudiziaria. In conseguenza di ciò, essa aveva richiesto nelle sue raccomandazioni l'annullamento o la modifica di tali leggi; atteggiamenti simili sono stati riproposti in raccomandazioni successive rivolte ad Uruguay, Cile ed El Salvador. Ancora più interessante è il precedente stabilito dalla Corte che poneva le basi per una decisione tanto rivoluzionaria come quella in esame. Nel parere consultivo su un eventuale contrasto tra le norme statali e la Convenzione, la Corte ha affermato di avere competenza giurisdizionale sulle leggi interne *self executing*, in quanto queste non necessitano alcun provvedimento applicativo incidendo direttamente sulla sfera giuridica individuale[486]. Ciò ha aperto la strada alla Corte per valutare in astratto norme che, se non conformi ai principi generali della Convenzione, andrebbero inevitabilmente annullate.

---

[484] Si ricorda che l'art. 2 recita: "Quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

[485] *Ibidem*, §42: "[…]the adoption of self-amnesty laws that are incompatible with the Convention meant that Peru failed to comply with the obligation to adapt internal legislation that is embodied in Article 2 of the Convention". In sintonia con tale conclusione C. Zanghì, *Gli effetti "diretti" delle sentenze della Corte interamericana*, cit., pag. 14.

[486] Cfr. International Responsibility for the Promulgation and Enforcement of Laws in Violation of the Convention (Arts. 1 and 2 of the American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-14/94 del 9 dicembre 1994, §41-43.

Al contrario di quanto la dottrina sosteneva, la decisione *Barrios Altos* non è rimasta isolata. Era effettivamente plausibile ritenere che gli Stati non avrebbero gradito una posizione così estrema della Corte che, a onor del vero, sconvolge i tradizionali rapporti tra organi di diverso livello, mettendo una seria ipoteca sul principio della sovranità. Lo stesso Perù aveva implicitamente rifiutato la decisione della Corte, non assicurandole l'applicazione diretta ma accogliendola attraverso l'approvazione di una legge interna abrogativa dell'amnistia.

Ciononostante la Corte ha consolidato questa giurisprudenza in altre occasioni; essa ha difatti utilizzato lo stesso linguaggio di *Barrios Altos* nel caso *Trujillo Oroza c. Bolivia*[487] in cui lo Stato ha addirittura dichiarato di accettare qualsiasi disposizione della Corte in ordine ai rimedi per adempiere alla responsabilità incorsa[488]. I giudici americani, verosimilmente supportati da ciò, hanno confermato questa direzione anche nel recente caso *La Cantuta c. Perù*, affermando che:

> *"the State may never apply amnesty laws –which will produce no effects in the future–, raise the statute of limitations, non-ex post facto nature of criminal laws or res judicata defenses, or rely upon the principle of double jeopardy, or resort to any other similar measure designed to eliminate responsibility in order to escape its duty to investigate and punish those responsible"*[489].

Ad oggi la giurisprudenza sugli effetti diretti si limita ai casi di amnistia, i quali tuttavia esprimono da soli la gravità del contesto in cui la Corte interamericana opera. Dinanzi a leggi di siffatta natura, la posizione assunta appare condivisibile anche se fuori da ogni schema giuridico. L'Europa non è in realtà nuova ad esperienze in cui si stabilisce un rapporto di gerarchia tra livelli di governo diversi, dove organismi sovranazionali occupano il vertice. Il riferimento va chiaramente alla Comunità europea nella quale la Corte di Giustizia europea ha fissato il principio del primato delle fonti comunitarie su quelle interne. A causa delle diversità contestuali e istituzionali in cui si muovono il sistema comunitario e quello interamericano, risulta comunque riduttivo comparare le due esperienze. Tra l'altro, per la Comunità europea si parla di diversi

[487] Caso Trujillo Oroza c. Bolivia (Reparations) del 27febbraio 2002, §119.
[488] *Ibidem*, §93, p.to a).
[489] Caso La Cantuta c. Perù del 29 novembre 2006, §226.

livelli di competenza, mentre in ambito americano ci si rifà a gerarchie tra poteri giudiziari in cui la Corte interamericana si attesta tra la posizione di giudice di Cassazione o di giudice delle leggi.

Malgrado ciò, almeno in quelle situazioni in cui lo stato di diritto è realmente minacciato, i giudici americani si muovono verso questa precisa direzione disattendendo totalmente il principio di sussidiarietà che contraddistingue i trattati internazionali sui diritti umani.

CAPITOLO 4

IL CONFRONTO DIRETTO TRA LE DUE CORTI E IL MUTAMENTO DELLA LORO NATURA GIURIDICA

4.1 Il raffronto tra le due Corti regionali dei diritti. Che cosa l'Europa può trarre dall'esperienza americana e fino a che punto

L'analisi della disciplina dei rimedi ha fatto emergere sostanziali differenze in relazione al ruolo svolto dalla Corte europea e da quella interamericana. Non solo per il tenore delle disposizioni convenzionali ma soprattutto per il contesto in cui esse operano e per l'approccio adottato, le due Corti hanno intrapreso strade diverse per giungere alla stessa meta, ovvero garantire un'effettiva protezione dei diritti umani. Non si vuole certo asserire che grazie all'attività degli organi giurisdizionali regionali non sussistano oggi seri problemi riguardo la tutela dei diritti; vero è tuttavia che nei due continenti considerati sono stati fatti significativi passi avanti. Una buona parte di tali progressi può imputarsi infatti al forte attivismo di questi due organi, i quali hanno contribuito a far circolare oltre i confini statali la materia delle libertà fondamentali che, fino a poco tempo addietro, era considerata di stretta competenza degli ordinamenti costituzionali interni.

La comparazione tra i due sistemi risulta utile al fine di comprendere se e in quale ambito possano attingere l'uno dall'esperienza dell'altro per affinarne i meccanismi utilizzati a vantaggio dei cittadini e della democrazia in generale, ponendo la necessaria cura per rispettare al tempo stesso le tradizioni sociali e culturali proprie di ogni paese aderente. Più nello specifico, lo scopo che ci si prefigge è quello di capire se esistono margini che permettono alla Corte europea di emulare i comportamenti di quella americana. Tale esigenza è oggi particolarmente sentita a causa dell'allargamento

dell'Europa a paesi con democrazie emergenti, costringendo così la Corte ad affrontare problemi fino a poco tempo fa inconsueti e che rappresentano invece da sempre una costante in America latina.

Appare opportuno a questo punto tirare le fila di quanto già trattato nei capitoli precedenti per evidenziare le principali differenze formali-procedurali e sostanziali con cui le due Corti si sono accostate al compito loro affidato in tema di rimedi. In via preliminare è bene sottolineare che se tali divergenze esistono, esse sono dovute ai contesti in cui tali organi sono costretti ad operare. Sebbene entrambi i sistemi sovranazionali nascano a seguito di esperienze traumatiche, il modo in cui gli Stati hanno reagito a tali eventi è profondamente differente a causa delle situazioni economiche e culturali dei due continenti.

In Europa la democrazia era considerata un valore ben consolidato grazie a un lento processo storico che, sui principi della *rule of law,* aveva posto le basi per affrontare eventuali contraccolpi; ad eccezione delle esperienze totalitarie in Germania e in Italia, gli Stati europei si mostrarono saldi nella difesa dei valori a cui si ispiravano, reagendo all'invasione nazifascista con una dichiarazione di guerra[490]. In America latina, nonostante le carte costituzionali fossero già molto diffuse[491], il loro rispetto non era garantito concretamente a causa dei governi autoritari succedutisi che hanno originato vari disordini e forti crisi economiche e sociali. Il terreno quindi non si presentava fertile per il consolidamento di quei valori democratici indispensabili per il rispetto dei diritti umani. Le condizioni di estrema povertà, arretratezza culturale e politica impedivano l'interiorizzazione di certi principi che nell'Europa occidentale erano invece acquisiti.

In quest'ottica, l'adesione a organismi sovranazionali assumeva nei due continenti una valenza diversa. In Europa l'elemento sussidiario era avvertito come clausola di salvaguardia, ossia la protezione dei diritti umani era di competenza esclusivamente statale e l'intervento esterno si concretizzava solo qualora si riusciva a

[490] Non è questa la sede per proporre una ricostruzione storica puntuale ma si vuole comunque sottolineare che anche Italia e Germania vissero il totalitarismo come una parentesi che hanno voluto cancellare immediatamente subito dopo la guerra; anzi per quanto riguarda nello specifico l'Italia già durante il fascismo si raggruppavano dissidenti che agirono prontamente dando vita al fenomeno della resistenza.

[491] Il testo attuale della Costituzione messicana ad es. risale al 1917, uno degli Stati nel Mondo che la Costituzione più antica.

dimostrare l'inadempienza degli Stati. In America la fiducia riposta nelle autorità nazionali era invece scarsa se non assente, motivo per cui l'esperienza internazionale poteva apparire l'unica via di uscita, come per alcuni versi lo è stato. Ciò spiega la diversa impostazione e applicazione degli articoli 1 delle rispettive Convenzioni[492] e della necessità di aggiungere in quella americana una norma come l'art. 2. Quest'ultimo evidenzia come gli estensori del Patto di San Josè fossero consapevoli della probabile mancanza di disposizioni interne per rendere effettivi i diritti e le libertà contenuti nella Convenzione[493].

Il quadro europeo oggi è profondamente mutato; come in America, i nuovi paesi aderenti al Consiglio d'Europa si riaffacciano alla democrazia dopo una lunga parentesi di autoritarismo e sembra che da soli non riescano del tutto a ricostruire solide basi legali. Coinvolta così in prima linea, insieme agli altri organi convenzionali, la Corte europea sente la necessità di cambiare approccio, come infatti ha iniziato a fare. Guardare all'America da un punto di vista dei rimedi potrebbe rappresentare un ottimo spunto per affrontare meglio i problemi che si presentano, senza tuttavia trascurare la necessità di contestualizzare gli ambiti di applicazione.

Gli spunti che la Corte interamericana offre possono ricondursi a tecniche di ordine formale e sostanziale. Riprendendo in seguito questi ultimi, si vuole prima porre l'attenzione sul differente atteggiamento delle Corti con riguardo agli elementi procedurali, intendendo porre l'accento su quali Strasburgo dovrebbe emulare rispetto alla Corte interamericana.

---

[492] Anche se più volte ricordate, per comodità si ritiene utile riportare in questa sede il testo dell'art. 1 della Cedu e dell'art. 1 della Convenzione americana. L'art. 1 della Cedu dispone: "Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione". L'art. 1 della Convenzione americana stabilisce invece che: "1. 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. 2. Ai fini della presente Convenzione, il termine "persona" si riferisce ad ogni essere umano".

[493] Si ricorda che l'art. 2 della Convenzione americana precisa: "Quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

4.1.1. L'approccio formalistico

La giurisprudenza delle due Corti regionali mostra chiari segni distintivi rispetto al modo in cui entrambe si sono accostate da un punto di vista formale-procedurale alla disciplina dei rimedi. Innanzitutto bisogna ricordare che è il testo stesso delle due Convenzioni che indirizza il comportamento delle Corti, limitando il raggio d'azione di quella europea e lasciando invece quella interamericana più libera di agire. A questo proposito si deve fare riferimento alle norme riguardanti la vincolatività delle sentenze – l'art. 46 della Cedu e l'art. 67 della Convenzione americana, e quelle inerenti alle forme di riparazione individuali – rispettivamente l'art. 41 e l'art. 63.

Sull'interpretazione data dalle due Corti a tali norme si è già ampiamente riferito, ciò che si vuole in questa sede sottolineare è che la Cedu ha condizionato fortemente l'atteggiamento della Corte europea a causa non solo di un testo posto in termini alquanto restrittivi ma soprattutto per aver previsto un organo politico a cui si è affidato il ruolo esclusivo del controllo delle sentenze, quale il Comitato dei ministri europeo.

In ambito americano non esiste il corrispettivo di tale organo, lasciando completamente scoperto la verifica dell'esecuzione delle pronunce. Ciò ha naturalmente permesso alla Corte interamericana di farsi carico anche della supervisione delle proprie decisioni, con la conseguenza di aver potuto sfruttare l'autorità della 'cosa pronunciata' anche nella fase successiva di controllo. Tale aspetto è abbastanza curioso se si indaga sulle regioni che avevano condotto i redattori della Carta a scartare l'ipotesi di attribuire a un organo in particolare questo ruolo; essi temevano che l'affidamento di un compito così rilevante ad un organo prettamente politico rischiava di diventare un boomerang in quanto avrebbe scoraggiato gli Stati a ratificare la Convenzione. Paradossalmente è accaduto il contrario, ovvero proprio il non aver fatto cenno alcuno al problema del controllo delle sentenze ha consentito alla Corte di intervenire nello specifico negli affari interni agli Stati. La presenza di un organo politico, come nel sistema europeo, garantisce infatti un certo margine di scelta statale nella fase esecutiva in quanto, come la prassi ha dimostrato, si cerca sempre di giungere a un compromesso tra Stati e

Comitato dei ministri considerando le risoluzioni di questi ultimi mai giuridicamente vincolanti come lo sono le sentenze della Corte.

Questa situazione presenta vantaggi ma anche svantaggi. Nei casi più problematici, in cui sono in gioco valori fondamentali che, se non rispettati, mettono a rischio l'integrità fisica e morale degli individui, l'idea che la stessa Corte possa decidere non solo sulla natura della violazione ma anche su come porvi concreto rimedio rappresenta un enorme beneficio[494]; ciò soprattutto se tali violazioni sono sistematiche e per di più se gli Stati mostrano scarse capacità di poter fronteggiare il problema o addirittura estremo disinteresse. Allo stesso tempo, tuttavia, per i casi meno preoccupanti e di fronte a paesi con radicate tradizioni giuridiche, l'assenza di un organo politico può rappresentare un rischio serio in quanto quello giurisdizionale potrebbe cadere nella tentazione di proferire verbo su situazioni che presentano problemi più politici che giuridici.

Detto ciò, non sembra quindi potersi sostenere l'idea di mettere completamente in ombra il Comitato dei ministri europeo, capace di ottenere, attraverso i canali diplomatici, risultati inaspettati in tempi ragionevoli. Forse sarebbe più giusto condividere le posizioni assunte più di recente dall'Assemblea parlamentare il quale esorta sia il Comitato a ricorrere alla propria arma di minaccia, quale l'applicazione dell'art. 9 dello Statuto del Consiglio che le permette di sospendere o addirittura di espellere dal sistema europeo il Paese inadempiente, sia la Corte ad indicare essa stessa, nei casi di violazioni ripetitive, le misure più congrue per riparare alla violazione perpetrata.

Ciò che invece potrebbe costituire un buon esempio per la Corte europea dal punto di vista formale è la tecnica redazionale delle sentenze adottata da quella interamericana. Qualora i giudici di Strasburgo si trovino di fronte a casi ripetitivi, che necessitano l'adozione di misure generali, oppure a gravi violazioni di diritti umani tali per cui è doveroso pretendere la *restitutio in integrum*, sarebbe allora conveniente indicare nello stesso dispositivo della sentenza europea, così come fa la Corte

[494] Si ricorda che la Corte interamericana in tali situazioni si comporta allo stesso modo del Comitato dei ministri europei nel senso che in un primo periodo cerca di far raggiungere un accordo tra le parti, qualora ciò non avvenisse, controlla attraverso i c.d. *orders* lo stato di conformità dello Stato alla sentenza pronunciata. Una tecnica che non lascia assolutamente spazio ai paesi membri non solo in quanto gli *orders* specificano ancora più nel dettaglio i rimedi da approntare ma anche perché hanno un valore giuridico vincolante in quanto emesse da un organo giurisdizionale. V. *supra* cap. 2, § 2.4.2.

interamericana, le misure generali e individuali senza la necessità di evincerle sul piano interpretativo della parte in diritto. Nei cosiddetti '*operative paragraph*' delle pronunce americane, ovvero le risoluzioni in cui si riassume quanto stabilito nella sentenza, si dedica infatti un largo spazio non solo all'indicazione degli articoli convenzionali violati ma anche ai rimedi da adottare.

Tralasciare questo aspetto sembra inopportuno in quanto non avvalorerebbe il ruolo, che a fatica la Corte europea si è conquistato, nella fase di riparazione per i casi di "*gross and sistematic violations*". Il dispositivo della pronuncia rappresenta di certo la sua parte più vincolante, soprattutto alla luce del fatto che fino a poco tempo addietro quelle europee erano considerate declaratorie di *default.* Il paese condannato prendeva atto della dichiarazione di condanna enunciata nel dispositivo e sceglieva se e come riparare, anche se nella parte in diritto la Corte celatamente poteva indicarle il modo migliore. Oggigiorno che la Corte europea, per le circostanze in cui opera e per le pressioni dei cittadini e degli organi convenzionali, è chiamata ad essere più esplicita non può permettersi di prendere posizioni forti nel corpo del testo senza ribadirle chiaramente nel dispositivo. Ed in effetti, si tratta di una tecnica che inizia a prendere piede nelle sentenze in cui la Corte europea indica specificamente il rimedio individuale e generale da adottare, come per i casi di rilascio immediato di ricorrenti detenuti illegittimamente[495] o per le decisioni pilota[496]. Ma parte questi specifici filoni, finora la Corte europea non ha mai menzionato nel dispositivo le riparazioni opportune, una tecnica che invece vincolerebbe direttamente i giudici nazionali a dare seguito alle sentenze attraverso l'interpretazione conforme a Convenzione. Essa si limita a sollecitare i giudici suggerendo la strada migliore solo nella parte in diritto rinunciando, almeno per il momento, ad obbligarli ad adeguarsi all'interpretazione della legge interna fornita dalla Corte. Le premesse poste da Strasburgo negli ultimi tempi con l'evoluzione delle tecniche decisorie di cui si è trattato in queste pagine lasciano tuttavia sperare in ulteriori sviluppi che la porteranno ad abbandonare del tutto il suo atteggiamento di *self restraint,* soprattutto se i casi di violazione 'grave' di diritti continueranno ad aumentare e se il Protocollo n. 14 entrerà in vigore.

[495] Nel caso Assanidze c. Georgia che si è già commentato (v. *supra* cap. 3, § 3.2.3) al punto 14, lett. a) del dispositivo la Corte europea esplicitamente afferma: "*the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date*".
[496] V. ad es. il caso Broniowski c. Polonia, cit.

4.1.2 L'approccio sostanziale

L'approccio seguito dalle due Corti in tema di rimedi appare sensibilmente diverso se solo si guarda alle tecniche argomentative che entrambe utilizzano per verificare la violazione dei diritti. Il dato di partenza è certamente rappresentato dalle differenze contestuali in cui le due Corti operano. Quella interamericana si trova costantemente di fronte a lesioni che sono originate da problemi strutturali gravi, i quali necessitano cambiamenti radicali non solo in ordine alla qualità delle leggi ma che attengano anche ai meccanismi per la loro attuazione a livello giudiziario e amministrativo. In un certo senso, la Corte di San Josè si trova costretta a giudicare le inadempienze degli organi interni costringendoli, attraverso le sentenze di condanna e le risoluzioni successive approvate in sede di controllo, non solo a prendere tutte le misure necessarie per riparare alla violazione già perpetrata ma anche a mutare radicalmente il sistema in cui essi operano.

Al contrario, le lesioni che interessano l'Europa, o meglio che l'hanno interessata fino a poco meno di un decennio fa, non ponevano nella maggior parte dei casi questioni legate all'assetto ordinamentale degli Stati, visto il consolidamento nel tempo dei valori democratici. Non per questo Strasburgo deve abbassare la guardia anzi, si è qui più volte posto l'accento sui cambiamenti necessari che la stessa Corte, e più in generale gli organi del Consiglio d'Europa cercano di apportare proprio al fine di affrontare adeguatamente situazioni finora mai affiorate e legate a problemi strutturali di Stati democratici in crescita. Cosicché, limitatamente alle violazioni sistematiche, la Corte europea potrebbe e dovrebbe guardare all'altra sponda dell'Atlantico per acquisire metodi di valutazione e condanna delle lesioni che l'allontanino dal caso concreto specifico per enunciare principi generali. Il suo giudizio pare essere ad oggi molto più condizionato dalle ripercussioni che questo può avere sulla risoluzione della vicenda che ha dato origine al ricorso più che sulla costruzione di un ordine pubblico europeo che faccia da punto di riferimento agli Stati, nonostante questo fosse l'obiettivo proposto. Tuttavia, non si può certo negare che la Corte di Strasburgo non abbia contribuito a porre le basi per la condivisione di un minimo comune denominatore di

protezione dei diritti, agendo però con tecniche di *moral suasion* celandosi sempre dietro il caso concreto.

Le pronunce europee presentano una costante fissa nella loro struttura: *in primis* la Corte esprime le proprie considerazioni generali sull'articolo che risulta essere violato, di seguito applica tali principi alla vicenda specifica verificando il superamento dei tre test concernenti la limitazione presunta del diritto – se essa è prevista per legge, se persegue uno scopo legittimo e se risulta proporzionata. In definitiva, il controllo della Corte si concentra sui fatti cha hanno dato origine alla violazione e sulle circostanze in cui la stessa è avvenuta, tenendo ben presente il contesto nazionale di riferimento. Essa stessa ha sempre trovato il modo di affermare che la regola del precedente non trova applicazione qualora le condizioni di base si differenziano in modo sostanziale da un caso all'altro, ritagliandosi così l'opportunità di pronunciarsi diversamente per tipologie di violazioni simili.

Se ciò risultava perfettamente il linea con il tipo di ricorsi comunemente avanzati finora alla Corte e che non presentavano particolari minacce al concreto funzionamento dello stato di diritto, oggi tale tipo di approccio non sembra più concretamente valido a causa delle gravi violazioni commesse dagli Stati che recentemente hanno fatto il loro ingresso nel Consiglio.

Gli interrogativi che si pongono sono molteplici. Come affrontare opportunamente i problemi che tormentano paesi come la Turchia e la Russia riguardo soprattutto all'organizzazione del potere giudiziario, agli abusi delle forze di polizia legittimati dagli stessi governi, alle limitazioni alla libertà di manifestazione del pensiero[497]? Come sostenere in concreto le riforme strutturali di cui hanno bisogno i paesi dell'Est per completare in modo adeguato il processo democratico cominciato ormai da svariati anni[498]?

[497] Si fa riferimento ad esempio alle continue violazioni della Turchia dell'art. 6 della Cedu a causa della composizione del collegio giudicante che vede al fianco dei giudici ordinari quelli militari, oppure al modo in cui essi assumono le prove o svolgono il dibattimento (cfr. tra i tanti i casi Evrenos Önen, Taner e Varsak c. Turchia del 15 febbraio 2007); o ancora ai casi turchi sul maltrattamento dei prigionieri ciprioti durante l'occupazione di Cipro (v. da ultimo il caso Varnaca e altri c. Turchia del 10 gennaio 2008). Per quanto poi riguarda la Russia si ricordano le condanne per violazione del diritto alla vita (art. 2) o di tortura (art, 3) ai danni di soldati o civili ceceni, (v. i più recenti casi Medov dell'8 novembre 2007, Zoubaïraïev del 10 gennaio 2008 e Khatsiyeva del 17 gennaio 2008).

[498] Si pensi ad esempio alla ristrutturazione del sistema inerente alla protezione della proprietà privata che interessa Stati come la Polonia e la Bulgaria contro cui la Corte europea si è espressa in modo perentorio attraverso le sentenze pilota di cui si è già riferito nel corso del cap. 3, §3.2.5.

A parte alcuni casi già commentati in cui si è messo in evidenza un certo atteggiamento intransigente della Corte europea, la quale non si limita a stabilire la violazione ma pone condizioni precise per fornire una concreta riparazione, in tanti altri casi sistematici di lesioni gravi Strasburgo appare ancora lontana dall'adottare metodi che sono invece propri della Corte interamericana.

Quest'ultima ha affinato col tempo modelli di sentenze che difficilmente sfuggono all'attenzione degli Stati, aiutando questi a porre le basi per un corretto funzionamento delle istituzioni. Nei casi di violazioni gravi che vedono la lesione del diritto alla vita, la tortura, i soprusi subiti da donne e bambini, la Corte interamericana va dritta al cuore del problema senza necessariamente entrare nel merito delle circostanze del caso concreto legate in particolare alle tradizioni e ai principi su cui si fondano i diversi Stati. Essa si mostra conscia che di fronte a certe inadempienze non è possibile fermarsi dinanzi ai diversi costumi, soprattutto se è messa in pericolo la vita e la dignità degli individui assoggettati al potere sovrano e autoritario degli Stati[499].

Con questo non si vuole affermare che la Corte interamericana non valuti i fatti, prendendo semplicemente atto del contenuto dei ricorsi e soprassedendo sui particolari; al contrario, essa ripercorre nelle sue decisioni tutte le fasi fondamentali dello sviluppo della vicenda senza limitarsi alla valutazione della documentazione fornita e di quanto riportato oralmente dalle parti coinvolte. Allo stesso modo, istruisce indagini per proprio conto, assumendo prove testimoniali come se quello dinanzi alla Corte interamericana fosse un vero e proprio processo penale. Quando si sostiene che i giudici americani considerano il ricorso più da un punto di vista generale rispetto alle particolarità del caso concreto, si fa riferimento al fatto che essi, contrariamente alla Corte europea, non sono mai ricorsi alla dottrina del margine d'apprezzamento, evitando quindi di valutare se, in certe situazioni, non sarebbe più opportuno entrare nel

[499] Semmai la valutazione delle tradizioni culturali e degli usi viene fatta a vantaggio della minoranza indigena americana che rivendica l'indipendenza dall'autorità centrale nelle relazioni commerciali e nell'economia in generale. In questi casi infatti la Corte è chiamata a rispondere a questioni di carattere socioculturale che determinano violazioni di diritti fondamentali più che a problemi riguardanti uno specifico diritto del singolo. Ciò ha addirittura portato la letteratura a sostenere che in questi specifici casi ideale sarebbe che anche nel sistema americano esistesse un organo come il Comitato dei ministri europeo a vigilare sull'esecuzione delle sentenze in quanto la sua natura politica garantirebbe maggiori chance di riuscita poiché si porrebbe da intermediario negli accordi tra lo Stato centrale e le comunità minori. In merito cfr. ad es. A. Wiggins, in Atti del Convegno *Reparations in the Inter-American system*, cit., pp. 1448-1452.

merito della questione, lasciando agli Stati la libertà di limitare un diritto garantito dalla Convenzione per motivi di ordine pubblico che solo il paese accusato può valutare[500].

Questo tipo di impostazione è certamente favorita dall'esistenza nel sistema americano dell'*actio popularis*, chiamando così la Corte a valutare casi più generici di violazione dei diritti umani, rivendicati da un consistente numero di ricorrenti e supportati dall'operato delle agenzie non governative[501]. In tali circostanze, i giudici americani si trovano dinnanzi a petizioni per così dire collettive che la costringono a misurarsi con contesti gravemente carenti democraticamente, nell'ottica politica e giuridica, da cui è difficile potersi sottrarre.

Se nel contesto internazionale l'obiettivo di un tribunale dei diritti umani regionale è quello di assicurare condizioni minime di tutela dei principi dello stato di diritto, ogniqualvolta si presentino situazioni concrete di minaccia questo non può e non deve mancare al compito assegnatogli. La Corte interamericana, interpretando al meglio così il suo ruolo, ha saputo trovare la strada per collaborare in prima linea nella costruzione di un ordine pubblico democratico, nonostante ci sia ancora molto da fare. Lo stesso tipo d'impegno si richiede alla Corte europea, limitatamente alle questioni che fanno vacillare le regole della democrazia e non per quelle che interessano invece principi identitari dei singoli ordinamenti in cui non c'è un riconoscimento reciproco[502]. Non che Strasburgo non abbia cominciato ad affinare tecniche argomentative persuasive; in queste pagine si è infatti voluto sottolineare l'evoluzione della disciplina dei rimedi, fattore chiave per la rilevanza giuridica che la Corte europea sta assumendo nei contesti nazionali. Allo stesso modo, essa farebbe però bene a sfruttare il cambiamento di fatto della sua natura giuridica, che l'allontana per certi versi dall'identificazione del giudice del caso concreto, in modo da risultare più incisiva nei casi strutturali. È proprio sulla scorta degli esempi che la prassi americana offre che i

[500] Se il margine d'apprezzamento è una dottrina molto in uso nella giurisprudenza della Corte europea, essa comunque inizia ad essere meno diffusa in riferimento ai casi che coinvolgono problemi gravi e strutturali anche in Europa. Sul punto se si vuole P. Tanzarella, *Il margine d'apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, pp. 175-179.

[501] Sull'importante ruolo che svolgono le ONG nella tutela dei diritti umani v. A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Napoli 2005.

[502] Nei paragrafi successivi si valuterà invece l'operato della Corte europea alla luce della risoluzioni di problemi eticamente sensibili in cui, anticipando sin da ora quanto si sostiene, è conveniente lasciare inalterato lo schema del rapporto sussidiario tra Cedu e ordinamenti interni in modo da garantire il maggiore confronto tra le forze politiche e giuridiche in campo. V. *infra* §4.3.

giudici di Strasburgo potrebbero affinare le tecniche di argomentazione per rendere il contenuto delle sentenze ancora più vincolanti.

La lettura e l'analisi del contenuto delle pronunce delle due Corti nella parte dedicata ai rimedi imposti, fanno subito emergere un aspetto rilevante, ovvero la diversa interpretazione e applicazione data ai rispettivi articoli 1 delle due Convenzioni. Ricordando brevemente ciò che questi dispongono, si nota la loro sostanziale coincidenza testuale, differenziandosi solo per il fatto che la disposizione convenzionale americana vi include il principio di eguaglianza, sottaciuto invece in quella europea. L'art. 1 della Cedu dispone infatti che:

> "Le Alte Parti Contraenti riconoscono ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti al Titolo primo della presente Convenzione";

mentre quello della Convenzione americana stabilisce:

> "1. 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. 2. Ai fini della presente Convenzione, il termine "persona" si riferisce ad ogni essere umano".

Si è in più occasioni ribadito che la Corte interamericana, al fine di esigere un seguito al contenuto della pronuncia, invoca costantemente l'articolo in questione, congiuntamente alla disposizione che tutela il diritto che si presume violato. Tutto si gioca sulla lettura sistematica del Patto. Partendo infatti dal presupposto che gli Stati membri hanno assunto l'onere di rispettare diritti e libertà contenuti nella Convenzione e che quest'ultima ha previsto un organo giurisdizionale atto a interpretarli, la Corte interamericana rivendica l'applicazione di tali diritti arricchiti del significato che essa contribuisce ad apportare, costringendo i paesi aderenti a conformarsi alle sentenze nel senso indicato attraverso l'indicazione precipua dei rimedi[503].

[503] È da ammettersi tuttavia che, in tale lavoro di interpretazione sistematica la Corte interamericana, è ampiamente supportata dall'art. 2 della Convenzione che costringe gli Stati ad impegnarsi "ad adottare,

Viceversa, la Corte europea non ha mai fatto un ricorso esplicito all'art. 1 della Cedu per assicurare il seguito delle proprie sentenze, considerandola una clausola di salvaguardia del principio di sussidiarietà, che le permette di intervenire solo qualora gli Stati siano mancanti nel rispetto dei diritti convenzionali[504]. Si ritiene pertanto opportuno che per le *gross violations* Strasburgo possa emulare San Josè, dato che per questo tipo di lesioni non ha molto senso parlare di tutela sussidiaria delle libertà fondamentali, qui infatti è in gioco il cuore della democrazia e la tenuta stessa dello stato di diritto.

Al di là di queste annotazioni di carattere sistemico, la Corte europea potrebbe ancora di più insistere su categorie di rimedi che in un certo quel modo 'educano' gli Stati alla democrazia, dando un segnale di fiducia ai cittadini per il futuro. Nei casi della guerra in Cecenia o dei movimenti separatisti in Turchia, in cui vengono denunciate lesioni al diritto alla vita o ricorsi a mezzi di tortura per punire dissidenti o guerriglieri, si ritiene possibile la trasposizione delle argomentazioni delle sentenze americane a quelle europee, in particolare relative ai *desaparecidos* e alle vittime di azioni militari.

Per le violazioni perpetrate ai danni di etnie e gruppi di persone, la Corte interamericana non esita a richiedere in maniera perentoria la messa a punto di procedimenti giurisdizionali che coinvolgano le forze di polizia e i giudici. Sono frequenti i casi in cui essa impone il dovere di investigare, processare e punire i colpevoli per azioni lesive dei diritti umani, tenendo costantemente monitorate le azioni intraprese dagli Stati. Già dalla sua prima decisione *Velásquez-Rodríguez c. Honduras* del 1988, la Corte poneva l'attenzione su tale esigenza, divenuta più manifesta nelle sentenze successive. Esemplificativo a riguardo è il caso *El Amparo c. Venezuela* del 1996 in cui si specifica che:

---

nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà". Un tipo di disposizione non contemplata nella Cedu.

[504] Sul punto, se si vuole, P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, cit., in cui si evidenzia come l'art. 1 della Cedu possa essere considerato come la base legittimante per l'applicazione della dottrina del margine.

"*Continuation of the process for investigating the acts and punishing those responsible is an obligation incumbent upon the State whenever there has been a violation of human rights, an obligation that must be discharged seriously and not as a mere formality*"[505].

L'obbligo ricadente sugli Stati deve essere eseguito concretamente. Ciò è dimostrato dal fatto che la Corte non lo enuncia soltanto in termini di principio ma vi ritorna nelle risoluzioni successive adottate in sede di controllo dell'esecuzione delle sentenze, non chiudendo il caso fino a quando lo Stato non ha dato risposte. È vero che possono trascorrere anni fino alla corretta esecuzione della pronuncia ma è altrettanto vero che la 'caparbietà' della Corte conduce lo Stato ad internalizzare procedure che realizzano i principi democratici. Gli stessi parenti delle vittime sono orientati più a ricevere giustizia che ad incassare un rimborso pecuniaro, il quale non viene comunque mai negato come forma di risarcimento di danni fisici e morali. Eloquente è a questo proposito la testimonianza di una madre delle vittime dell'agguato militare di *El Amparo* in cui la donna afferma "mio figlio non era una bestia da macello, non voglio denaro ma giustizia".

La Corte europea solo più recentemente dimostra maggiore sensibilità rispetto al dovere di investigare e processare i colpevoli, argomentando ampiamente sul punto per arrivare a denunciare la violazione di un diritto fondamentale. Ciò che essa però non fa è indicare tale obbligo quale forma di rimedio necessario per porre fine alla violazione, esonerando quindi di fatto gli Stati dal prendere le misure opportune. La Corte, dunque, denuncia sì la mancanza di congrui rimedi giurisdizionali interni, ma rinuncia al tempo stesso ad assicurarsi nel lungo periodo dei risultati concreti, ovvero una maggiore organizzazione e funzionamento effettivo della macchina giudiziaria interna[506]. Impressionano ad esempio le motivazioni addotte in uno degli ultimi casi esaminati dalla Corte sulla questione dei soldati ciprioti scomparsi per mano delle forze turche[507]. Essa infatti, sebbene denunci la mancanza di una seria investigazione, ritiene di non

[505] El Amparo c. Venezuela del 14 settembre del 1996, § 61. Nei casi precedenti, a partire dalla decisione Velásquez-Rodríguez, seppure fosse stato stabilito che quello di investigare e giudicare i colpevoli fosse un dovere, non si era però specificato quanto il rispetto di tale obbligo fosse considerato una forma di rimedio da attuare necessariamente per chiudere il caso.
[506] Tale modo di procedere della Corte lo si evince in numerose sentenze il cui elenco risulterebbe in questa sede privo di ogni utilità.
[507] Caso Varnava e altri c. Turchia del 10 gennaio 2008.

dover spendere una parola in più su come fare luce su quanto accaduto[508]. La Corte si limita a richiamare la risoluzione interinale di qualche mese precedente del Comitato dei ministri europeo in cui quest'ultimo sollecitava la Turchia:

> "*to rapidly provide information on additional measures required to ensure the effective investigations called for by the Court's judgment*"[509].

La prassi americana, in questi casi, potrebbe risultare un valido esempio per la costruzione di un ordine pubblico comune a cui la Corte europea dovrebbe guardare. Per questo motivo, chi scrive ritiene positiva l'introduzione di una nuova clausola di ricevibiltà contenuta nel Protocollo n.14[510] che, se finalmente entrerà in vigore, autorizzerà Strasburgo a tralasciare i casi meno gravi per concentrarsi su violazioni che direttamente e in maniera esplicita offendano la dignità della persona senza invadere la sfera politica degli Stati membri.

4.2 La trasformazione in corso della natura delle Corti regionali dei diritti

Corte interamericana e Corte europea dei diritti dell'uomo, sebbene con sostanziali differenze appena evidenziate, stanno contribuendo radicalmente a cambiare l'istituto dell'*enforcement* a livello internazionale per la protezione delle libertà fondamentali. L'analisi della loro giurisprudenza sulla disciplina dei rimedi ha mostrato come, qualunque sia la via migliore per garantire un corretto funzionamento dei meccanismi di protezione, esse stanno gradatamente perdendo le loro caratteristiche

[508] *Ibidem*, § 157-158.
[509] ResDH(2007)25 del 4 aprile del 2007.
[510] L'art. 12 del Protocollo n. 14 prevede la modifica dell'art. 35 della Cedu sulle condizioni di ricevibilità aggiungendo una nuova clausola di inammissibilità qualora: "the applicant has not suffered a significant disadvantage, unless respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal".

originarie di tribunali internazionali per trasformarsi in Corti 'a vocazione costituzionale'[511], nonostante le evidenti carenze formali.

In merito a queste lacune, è facilmente constatabile come queste due Corti non possano paragonarsi a quelle costituzionali. Esse, infatti, sono legittimate da trattati internazionali che non possono definirsi costituzionali, almeno nel procedimento della loro formazione. Le due Convenzioni nascono per volere degli Stati rappresentati dai Governi i quali, titolari del potere estero, non incarnano in toto la volontà generale nonostante le procedure di controllo successive dei Parlamenti[512]. Ciò che manca da un punto di vista procedurale-formale è la legittimazione democratica intesa come consenso del potere rappresentativo almeno per l'investitura dei giudici delle due Corti.

In queste pagine, passando in rassegna le tipologie di sentenze che le due Corti adottano, si è tuttavia rimarcato come esse si siano insinuate negli affari interni degli Stati. Ciò si verifica attraverso tre principali modalità: l'indicazione specifica di misure legislative, l'attuazione di provvedimenti come la scarcerazione di cittadini detenuti in base a regole contrarie alle disposizioni convenzionali o, ancora, la pretesa di interpretazione conforme dei giudici alle proprie sentenze, producendo di fatto la disapplicazione della legge interna in contrasto. Ci si chiede allora se non sia necessario dare una risposta anche formale a quanto si è affermato nella pratica. Tale processo, ormai difficilmente arrestabile, si è acuito soprattutto a causa di un sentimento diffuso di antipolitica, che ha indotto i cittadini a rivolgersi altrove data l'inerzia del potere politico.

Le ragioni pratiche che hanno portato le due Corti ad interpretare un ruolo nuovo risiedono nella necessità di eliminare, in termini preventivi e non successivi, le cause di una violazione dei diritti fondamentali. Il crescente numero dei ricorsi e, tra questi, l'aumento di quelli relativi a gravi violazioni, portano le Corti a concentrarsi

[511] Affermazione cara a V. R. Harmsen, *The European Court of human rights as a 'Constitutional Court': definitional debates and the dynamics of reform*, in J. Morison, K. McEvoy, A. Gordon (a cura di), *Judges, Transition, and Hunan Rights*, Oxford, 2007, pp. 33-53;

[512] Come per l'Italia, in ossequio all'art. 80 Cost. attraverso l'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali e la successiva, anche se nella prassi contestuale, approvazione della legge di esecuzione. Non mancano tuttavia i casi di approvazione dei trattati in forma semplificata, ovvero efficaci per il solo intervento del Governo. Questi anzi rappresentano la maggioranza dei casi.

maggiormente su dichiarazioni di principi che alle particolarità del caso concreto[513]. Tale tendenza è anche supportata dal dato testuale delle due convenzioni. L'organo interamericano può ricorrere alla stessa interpretazione dell'art. 2 della Convenzione che le consente di valutare direttamente la qualità legislativa interna[514]. In ambito europeo, come più volte ricordato, la riforma del Protocollo 14, prevedendo un nuovo criterio di ricevibilità, darà alla Corte la possibilità di accantonare i casi meno seri per occuparsi di questioni gravi che, inevitabilmente, la condurranno a prendere posizioni generali[515].

Ciò naturalmente solleva diversi dubbi tra gli operatori giuridici nei confronti dell'atteggiamento di queste Corti che, seppur con una spiccata tendenza costituzionale, sono nate come tribunali internazionali atti a risolvere il 'caso concreto'. Le perplessità avanzate celano timori che vanno oltre la semplice propensione al mantenimento dello *status quo* tra differenti livelli giuridici. Per i più conservatori vi è, in qualche misura, la consapevolezza che gli equilibri duramente raggiunti per salvaguardare la democrazia possano essere messi in discussione. La particolare 'intrusione' di organi non statali attraverso la prassi descritta in queste pagine, potrebbe avvalorare una simile posizione. Si possono infatti individuare due precisi ordini di problemi: in primo luogo, le corti regionali, il cui potere è fondato sull'autorità di un organismo internazionale, potrebbero facilmente sostituirsi ai legislatori dettando principi agli Stati ai quali non rimarrebbe che conformarsi. In questo modo le decisioni della Corte europea e di quella interamericana che indicano rimedi di carattere generale, oltre ad evitare future violazioni, faciliterebbero una sorta di armonizzazione delle leggi in Europa e in America[516]. In secondo luogo, tale comunanza avverrebbe in via giurisprudenziale e non

[513] Lo rileva anche l'ex Presidente della Corte europea Luzius Wildhaber. A tal proposito cfr. L. Wildhaber, *A constitutional future for the European Court of human rights?*, in H.R.L.J., vol. 23, n.5-7, 2002, pp. 161-165.

[514] Forse vale la pena, seppure lo si è fatto anche in altre sedi di questo lavoro, ricordare il contenuto dell'art. 2 della Convenzione americana. Esso stabilisce che: "Quando l'esercizio di uno dei diritti o delle libertà menzionati all'articolo 1 non sia già assicurato dalla legge o da altre disposizioni interne, gli Stati Parti si impegnano ad adottare, nel rispetto delle rispettive procedure costituzionali e delle norme di questa Convenzione, le misure legislative o di altro genere necessarie per rendere effettivi i menzionati diritti e libertà".

[515] Su un commento a tale riforma v. *supra* cap. 2, §2.2.3.

[516] Sebbene le sentenze europee risultano vincolanti solo nei confronti degli Stati a cui si rivolgono, non si può scartare del tutto l'ipotesi di un potere persuasivo anche nei confronti degli altri paesi , soprattutto per la valenza interpretativa della Convenzione che esse hanno. Così anche M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto,

democratica, col rischio di un'omologazione delle culture su tematiche ove non vi è ancora una confluenza di idee.

Sulla base degli elementi presenti, il dubbio è legittimo e comincia ad essere anche fondato almeno a livello europeo. Se ad oggi, la Corte interamericana non è mai stata coinvolta in temi eticamente scottanti – impegnata in controversie palesemente lesive dei diritti umani –, la Corte europea invece non è estranea a simili richieste. Finora quest'ultima si limitava a prendere atto della mancanza di un comune consenso tra gli Stati[517] ma ha recentemente mostrato, con due decisioni significative, un'inclinazione diversa; Strasburgo è entrata infatti nel merito di questioni come l'aborto e l'adozione da parte degli omosessuali.

Nel primo caso, *Tysiąk c. Polonia*[518], la Corte europea condanna questo paese per non aver garantito l'obbligazione positiva di tutelare al meglio la salute fisica della ricorrente. Essa, in definitiva, entra nel merito della legge polacca sull'aborto, valutandone l'efficacia e indirizzando in un certo qual modo le autorità interne a eventuali modifiche alla legge. Ciò che i giudici europei denunciano è la mancata previsione di una procedura valutativa sulla richiesta di aborto, che da un lato riconosca la possibilità alla donna di esprimere il proprio disaccordo dinnanzi ad un organo appositamente creato e, dall'altro, preveda la certificazione della decisione finale.

Al di là della condivisione o meno delle posizioni di principio espresse dalla Corte, ciò che lascia perplessi è l'atteggiamento dei giudici che, invece di concentrarsi sulla protezione di un minimo standard dei diritti, hanno espresso giudizi di valore su una legge inerente una materia che sarebbe opportuno lasciare alla discrezionalità degli Stati i quali sono espressione diretta della volontà dei cittadini. È vero che decisioni di

---

P. Veronesi (a cura di), All'incrocio tra Costituzione e Cedu, Torino, 2007, pag. 37. Per un ulteriore approfondimento del valore del precedente dei casi europei all'interno e all'esterno degli Stati condannati v. F. Sundberg, *The European experience of Human Rights: the precedent value of the European Court's decisions*, in Akron L. Rev, vol. 20, 1987, pp. 629-647;

[517] Tra le più importanti decisioni che mostrano una certa tendenza di *self restraint* della Corte si possono citare i casi Pretty c. Regno Unito del 29 aprile 2002 in tema di eutanasia, e Evans c. Regno Unito del 7 marzo 2006 concernete la fecondazione assistita.

[518] Tysiąk c. Polonia del 20 marzo del 2007. Riassumendo brevemente i fatti all'origine della vicenda, la ricorrente denunciava la violazione del rispetto alla propria vita familiare (art. 8 della Cedu) in quanto si era vista negare da parte delle autorità sanitarie polacche la possibilità di procedere a un aborto terapeutico, pur rientrando nei termini temporali previsti dalla legge. Le richieste della donna si fondavano per le particolari condizioni di salute e sociali in cui la stessa versava. Ella infatti, genitore solo di già due figli, era affetta da una grave forma di miopia. Dopo il parto e l'ulteriore forte perdita della vista, dovuta ad un'emorragia retinica, un collegio di medici ha dichiarato lo stato di invalidità della ricorrente e la necessità di un'assistenza quotidiana.

questo genere possono favorire la circolazione di modelli tra i diversi paesi, ma è altresì vero che ciò non deve condurre a un automatico accoglimento di quelli espressi a livello sovranazionale; ciò che si rende necessario è dunque un maggior confronto tra le diverse posizioni condotto, *in primis*, dai Parlamenti e dai giudici costituzionali interni.

Nella stessa ottica si può valutare l'ancor più recente caso *E.B. c. Francia* in cui la Corte considera discriminatoria l'applicazione al caso di specie della legge francese che apre all'adozione ai singoli[519]. Più in particolare, ciò che la Grande Camera non condivide è il fatto che le autorità francesi non abbiano acconsentito all'adozione di un minore ad una cittadina omosessuale, un rifiuto motivato per l'assenza di un modello paterno e per la non disponibilità della compagna del ricorrente. In controtendenza a una giurisprudenza consolidata della Corte europea, secondo cui l'interesse del minore è preminente su qualsiasi altro[520], in questa decisione pare che essa non l'abbia assolutamente preso in considerazione, esprimendo al contrario una posizione precisa su un tema controverso e ampiamente dibattuto in tutta Europa.

Questi casi certamente possano considerarsi ancora isolati, nulla vieta tuttavia che in un prossimo futuro l'approccio della Corte europea non possa stabilizzarsi proprio sulla base di questi, soprattutto se dovesse prevalere una semplice maggioranza numerica. Conviene valutare perciò se esistono motivi plausibili che incoraggino questo nuovo stato di cose e, di conseguenza, quali possano essere le contromisure qualora ci si spinga troppo in là.

Vale la pena ribadire preliminarmente che la situazione attuale è frutto di un obiettivo preciso, ossia la protezione dei diritti umani e, ancor prima, il rispetto del principio della *rule of law*. Non va dimenticato che la Convenzione europea nasce con la volontà dei paesi europei di cancellare una pagina oscura nella storia continentale. L'esperienza totalitaria di Italia e Germania, sfociata nell'orrore dell'Olocausto, aveva indotto i Capi di Stato a siglare un accordo che potesse in qualche modo favorire la restaurazione democratica all'interno dei singoli ordinamenti. Un fenomeno anticipato a

[519] Caso E.B. c. Francia del 22 gennaio 2008. In particolare la Grande Camera con 10 voti a 7 condanna la Francia per violazione del diritto al rispetto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu) e del principio di non discriminazione (art. 14 Cedu). Per un commento alla sentenza v. E. Lamarque, *Adozione da parte dei single omo e eterosessuali: i paesi stanno perdendo il loro margine di apprezzamento?* in www.forumcostituzionale.it, 2008.

[520] Sulla giurisprudenza europea in tema di minori cfr. E. Lamarque, *I diritti dei figli*, in I diritti in azione, cit., pp.283-317.

livello mondiale con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, seguita dalla stesura dei Patti sui diritti civili e politici e dei diritti economici, sociali e culturali. Il Consiglio d'Europa sembra finora aver mosso le pedine giuste per assolvere il compito affidatole e lo stesso può dirsi della Corte europea che da sempre ha tenuto con successo un atteggiamento di apprezzabile *self-restraint*. Dal canto suo, la Convenzione americana nasce dopo un lungo processo avviato quasi un secolo prima e che ha visto un accelerazione negli anni settanta, quando alcuni paesi dell'America latina si sono lasciati alle spalle disordini civili, in alcuni casi anche gravi. Seguendo in parte l'esempio europeo, anche nel continente americano l'approccio è stato abbastanza prudente non tanto per l'attività della Corte interamericana che da subito ha mostrato grande attivismo, quanto nella struttura data all'Organizzazione degli Stati americani. Si ricorda infatti che i paesi dell'OAS hanno la facoltà di scegliere se aderire contestualmente al Patto di San Josè e, di conseguenza, se accettare la giurisdizione della Corte costaricana.

Tenendo conto di ciò, i dubbi esistenti in merito ad un probabile squilibrio a favore di un organismo esterno non sembrano poter minare i presupposti fondamentali della democrazia. Usando un'espressione del Prof. Valerio Onida, è sufficiente "adottare il punto di vista dei diritti fondamentali in quanto questi non sono un settore dell'ordinamento, e nemmeno dell'ordinamento costituzionale"[521]. Tuttavia, sorge il dubbio che l'origine del problema risieda verosimilmente proprio in questo: il costituzionalismo in generale, e la protezione dei diritti umani in particolare, sono stati considerati dai pensatori più liberali in antitesi ai principi democratici. Essi hanno sempre considerato la possibile presenza di una forza 'esterna' al potere politico che, influenzando l'opinione pubblica, potesse ostacolare il regolare svolgimento della democrazia.

[521] Cfr. V. Onida, *Adottare "il punto di vista" dei diritti fondamentali*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, cit., 77ss.. Dello stesso avviso D. Beetham, *Democracy and Human Rights*, Cambridge, 1999, 140. Sulla trasversalità dei diritti umani insiste anche Neil Walker che sostiene l'assenza di un singolo *demos* che possa difendere l'idea della autorità politica, ma l'insieme di *demoi*, ciascuno con il proprio sistema politico, impegnati insieme nel rispetto della democrazia e quindi dei diritti. (N. Walker, *Human rights in a postnational order*, in *Sceptical essays on human rights*, T. Campbell, K.D. Ewing, and A. Tomksin (a cura di), Oxford, 2001, 130).

Non è opportuno ripercorre in questa sede il dibattito filosofico e politologico a sostegno o contro il tema[522]; vale la pena, tuttavia, rimarcare la validità del compromesso raggiunto tra le due posizioni, oggi difficilmente rimpiazzabile[523]. Il cuore della democrazia risiede nella possibilità da parte dei cittadini di esprimere la propria voce nelle questioni pubbliche. Ma affinché ciò avvenga, al corpo elettorale deve essere data una concreta opportunità attraverso la tutela dei diritti civili e politici. I diritti umani sono dunque un caposaldo della democrazia, anzi 'l'effettiva' protezione di questi forma un *unicum* con il sistema democratico. Conseguentemente si rende necessaria la limitazione dei poteri in modo da raggiungere il perfetto equilibrio tra le forze per assicurare la democrazia. Se i diritti sono intesi come garanzia del controllo popolare e dell'uguaglianza politica, allora non vi può essere nulla di antidemocratico nel permettere a giudici non eletti di custodirli e niente di contraddittorio nel ritenere che il corpo elettorale si autolimiti per assicurarsi la partecipazione politica nel lungo periodo[524]. Il principio della *rule of law* rappresenta quindi l'elemento chiave inteso non in senso formale come semplice garanzia procedurale, ma come una questione di ragione giuridica orientata a limitare qualsiasi potere, quello del popolo sovrano ma allo stesso tempo dei giudici, riducendo la possibilità di questi di derogare in modo illimitato le prerogative legislative[525].

Anni di consolidata democrazia hanno creato un'armonia tra i diversi livelli di potere. Oggi, tuttavia, la sfida si riapre non solo a livello interno ma soprattutto nel raccordo tra i sistemi nazionali e sovranazionali[526]. Dal primo punto di vista, con

---

[522] Sono numerosi gli studi sui diritti umani, sulla loro valenza e concreta effettività. Si citano in questa sede ad es. D. Beetham, *Democracy and Human Rights*, Cambridge, 1999, pp.1-29, 33-49, 89-114; A. Macleod, *The structure of arguments for human rights* e W. Nelson, *Rights against institutions: what governments should and can do*, in D. A. Reidy e M. N.S. Sellers (a cura di), *Universal Human Rights*, Lanham/Boulder/NewYork/Toronto/Oxford, 2005, pp. 17-35 e pp. 127-138; M. Lughlin, Rights, democracy and law, in, *Sceptical essays on human rights*, cit., pp.41-51; D. Feldman, *Constitutionalism, deliberative, democracy and human rights, in Judges, transition and human rights*, cit., pp. 443-466.

[523] La storia più recente conferma ciò. Basti pensare al tentativo ultimo che l'attuale Presidente del Venezuala Hugo Chavez, attraverso lo strumento per eccellenza democratico, il referendum, ha tentato di fatto di trasformare il sistema democratico del paese in una forma autoritaria. Tale la lettura che si può dare alla proposta di una riforma costituzionale per eliminare il vincolo di durata del mandato presidenziale.

[524] D. Beetham, *Democracy and Human Rights*, cit., pag.21.

[525] J. Goldsworthy, *Legislative sovereignty and the rule of law*, in *Sceptical essays on human rights*, op. cit., 73.

[526] Anche all'interno dei diversi Stati il concetto di divisione dei poteri continua ad assumere connotazioni diverse rispetto al passato. Per uno sguardo generale sul punto G. Bognetti, *La divisione dei poteri*, Torino, 2001. Sul particolare ruolo dei giudici coinvolti in un processo di decodificazione di vari e potenti

l'avvento del costituzionalismo moderno si riteneva di aver recuperato un concetto di diritto avulso dal potere incarnato dall'iperattivismo del legislatore. L'introduzione della Carte costituzionali ha condotto alla dissacrazione della legge a favore di una collaborazione tra giudici – costituzionali – e legislatori nel farsi interprete delle esigenze di un intero popolo; il Parlamento era così limitato nei propri poteri dal giudizio di costituzionalità che si fa interprete dei valori insiti nella Carta, indisponibili da parte del legislatore.

Più di recente si vive tuttavia una profonda crisi delle stato costituzionale così inteso, crisi che si traduce da un lato in un forte attivismo dei giudici comuni, a discapito di quello costituzionale[527], dall'altro da una spiccato disinteressamento della politica, *rectius* del legislatore, ad occuparsi di questioni di principio rilevanti per la vita e la convivenza tra i cittadini. Come sapientemente messo in evidenza da Paolo Grossi, ciò mette radicalmente in discussione il sistema delle fonti così come da sempre considerato e, in particolare, l'idea di legge come fonte primaria a cui oggi invece si accostano meccanismi di *soft law* che mettono al bando legalismo e formalismo per valorizzare l'interpretazione e l'applicazione della legge in concreto[528].

Pur condividendo tale posizione, si ha il timore che se in passato l'ago della bilancia pendeva verso il legislatore, in futuro sposterà l'equilibrio a favore dei giudici, snaturando il concetto di pluralità degli ordinamenti intesi come segno della complessa e ricca realtà sociale e giuridica[529].

Se questo discorso è valido all'interno dei confini nazionali, appare ancora più pregnante a livello sovranazionale. Come si è visto, la tendenza dei giudici sovranazionali è quella di sostituirsi ai Parlamenti nei casi in cui questi rimangano inerti. È un fenomeno che interessa non solo la Corte europea e la Corte interamericana

---

momenti costituzionali inducendoli ad accentuare il loro ruolo cfr. *Judges, Transition, and Hunan Rights*, cit.

[527] Sul punto cfr. E. Lamarque, *L'attuazione giudiziaria dei diritti costituzionali* di prossima pubblicazione in Quad. cost.

[528] In generale sul pensiero di Paolo Grossi si rimanda alla lettura della raccolta di alcune sue lezioni magistrali in cui si mettono soprattutto in evidenza i rapporti intercorrenti tra il diritto, il potere e la società e dove acutamente s'insiste sulla rivalutazione dei compiti del giurista, interprete per eccellenza delle esigenze sociali. P. Grossi, *Società, diritto, Stato,* Milano, 2006.

[529] Non si può qui far riferimento al concetto di ordinamento giuridico che Santi Romano ha fatto proprio. Cfr. S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

di San Josè[530] ma anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee se, per vie traverse, si occupa di diritti fondamentali[531].

Tornando al sistema convenzionale europeo, alcuni importanti fattori sembrano far propendere per una valutazione complessiva in positivo dell'operato della Corte. Essa gode di una indiscussa autorevolezza e, conseguentemente, fonda la propria legittimazione non solo attraverso la ratifica della Convenzione da parte delle autorità centrali, ma direttamente dai singoli individui. Non a caso i paesi europei che hanno aderito alla Cedu sono aumentati considerevolmente e i ricorsi sottoposti alla Corte raggiungono cifre significative, anche per un incremento di quelli provenienti dai vecchi Stati membri. Va da sé che la Convenzione può essere considerata un vero e proprio sistema giuridico percepito come tale soprattutto dai cittadini; gli Stati non possono dunque facilmente sottrarsi o ignorarlo per una mera opportunità politica[532].

Se questo discorso è valido per i paesi occidentali, trova ancora più fondamento per quelli dell'Est. In generale in tali Stati, impegnati nel radicare i valori democratici, viene privilegiato il ruolo dei giudici rispetto a quello dei Parlamenti. Vi è un orientamento *rights-based* tale per cui si riscontra un forte attivismo da parte dei giudici costituzionali. Come spesso è accaduto, le principali decisioni politiche vengono prese prevalentemente da questi ultimi piuttosto che dal legislatore. Tra i temi più importanti rientrano l'aborto, la pena di morte, i diritti degli omosessuali[533]. I cittadini sembrano fidarsi più di organi tecnici che di esponenti politici, considerati non rappresentativi perchè più attenti a curare i propri interessi rispetto a quelli pubblici. Poiché anche gli stessi giudici interni soffrono di carenze strutturali, soprattutto in tema di *enforcement* delle proprie decisioni, il ricorso a Strasburgo rappresenta una concreta possibilità per la tutela delle libertà fondamentali[534]. Per l'importanza dei diritti violati e la consapevolezza della lentezza del processo democratico, la Corte di Strasburgo non si

[530] Per un'idea generale sul tema J. Pasqualucci, *The practice and procedure of the interamerican court of Human rights*, cit., 2003.
[531] A questo proposito cfr. *I diritti in azione*, cit., e in particolare il contributo di M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, pp. 13-66.
[532] R. Kay, *The European Human rights as a system of law*, 6 Colum. J. Eur. L., 2000, 55-71.
[533] Per una rassegna specifica di questi casi si veda W. Sadurski, *Rights-based constitutional review in central end eastern Europe*, in *Sceptical essays on human rights*, cit, 315-333.
[534] È una tendenza questa generalizzata in tutti quei paesi in transizione da regimi totalitari a democratici. Lo stesso discorso infatti vale anche per quelli dell'America latina che ripongono maggiore fiducia nel funzionamento di organi sovranazionali o internazionali in generale che dello Stato.

sottrae al compito richiesto, reagendo con maggiore rigidità in tema di vincolatività delle decisioni[535]. Come evidenziato in dottrina, i giudici europei si trovano costretti a superare l'approccio tradizionale secondo cui "le Corti internazionali dovrebbero limitarsi al mero rilevamento astratto delle violazioni, lasciando che siano gli Stati a trarne le conseguenze"[536]. Il ruolo di Strasburgo si avvicina o si sostituisce quindi, in questi paesi, a quello del giudice costituzionale, finalizzato a costruire e diffondere nell'ordinamento l'applicazione e l'osservanza della Costituzione e dei diritti in essa contemplati[537].

Un discorso simile può farsi nei riguardi della Corte interamericana. Anzi, nel contesto americano appare ancora più scontato viste le significative carenze strutturali degli ordinamenti interni. Si è più volte posto l'accento sui gravi problemi 'democratici' che attanagliano tali paesi tanto da indurre inevitabilmente la Corte interamericana a entrare a gamba tesa negli ordinamenti statali, del tutto insufficienti per assicurare persino la protezione dello standard minimo dei diritti.

Da quanto detto si possono trarre delle importanti conclusioni circa la natura giuridica delle due Corti regionali. Il dato certo è che definirle giudici costituzionali può apparire azzardato ma, a parere di chi scrive, lo è solo da un punto di vista formale. Essi certamente non trovano la loro legittimazione in un carta redatta a seguito di un preciso progetto costituente. Le Convenzioni regionali hanno avuto origine per una precisa volontà di organizzazioni internazionali in cui sono confluiti rappresentanti dei governi, lasciando agli Stati nazionali, dopo le loro approvazioni, la possibilità di decidere se aderirvi. Esse nascono come trattati internazionali *tout court*, evidenziando un significativo deficit democratico nella creazione, per poi trasformarsi col tempo in qualcosa di più rilevante per due ordini di ragioni: da un lato per il loro oggetto, ovvero la protezione dei diritti umani fondamentali, dall'altro per la loro interpretazione e applicazione da parte delle due Corti. Riguardo al primo aspetto, queste carte hanno provocato una vera rivoluzione concettuale in quanto hanno reso gli individui dei soggetti giuridici internazionali. Questi hanno la possibilità di ricorrere ad organi esterni

[535] A parte i casi italiani e Turchi di cui si è detto, ci si accorge che l'utilizzo di sentenze pilota o di decisioni indicanti misure generali riguardano propri i paesi dell'allargamento.
[536] Così A. Guazzarotti, *Effettività dei diritti e ruolo della Corte Edu in un'Europa allargata*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, cit., 153.
[537] M. Cappelletti, *Giustizia costituzionale e sopranazionale. Il controllo giudiziario delle leggi e la giurisdizione delle libertà a livello nazionale*, in Riv. dir. proc., 1978, 6 ss.

per ottenere un 'rimedio' alle violazioni perpetrate dagli Stati. A differenza di qualsiasi altro trattato di natura internazionale, le carte dei diritti regionali hanno un'efficacia *erga omnes* in quanto le Alte parti contraenti non instaurano dei meri obblighi di reciprocità ma, al contrario, antepongono la protezione dei diritti fondamentali degli individui ai loro rapporti giuridici e politici in qualità di enti autonomi e sovrani. Si è ampiamente ribadito inoltre che, allo scopo di garantire in modo concreto quanto disposto nelle Convenzioni, le Corti hanno sviluppato una giurisprudenza innovativa, pronunciando sentenze che, seppur senza dichiarati effetti diretti, hanno un potere altamente persuasivo sugli ordinamenti interni, i quali non possono che adeguarsi secondo quanto 'suggerito' nelle decisioni dal carattere vincolante. Si potrebbe certo obiettare che, in alcuni casi, gli Stati dimostrano il loro disappunto oppure danno attuazione alle pronunce in tempi molto lunghi; ciononostante non è di primaria importanza il 'come' lo Stato si conforma alla sentenza sovranazionale, bensì è rilevante rimarcare che, finora, i paesi aderenti hanno sempre rispettato gli obblighi. Ciò non solo per la responsabilità internazionale in cui essi incorrono, con il relativo timore di perdere prestigio agli occhi degli altri Stati, ma soprattutto per la legittimazione sostanziale che tali Corti ricevono dagli stessi cittadini il cui crescente numero di ricorsi rappresenta una concreta testimonianza. È innegabile l'esistenza di un processo di internalizzazione dei due sistemi, messo in atto più che dai giuristi e dai politici, dagli attori della vita quotidiana che sembrano riporre grande fiducia in queste Corti, soprattutto da coloro che appartengono ad ordinamenti in cui non vi è la possibilità di un ricorso diretto alla Corte costituzionale interna, come nel caso italiano. Tale discorso è maggiormente vero circoscrivendo l'ambito all'Europa, in cui i singoli hanno maggiori mezzi per venire a conoscenza del sistema. Per quanto concerne l'America latina, problemi di degrado e arretratezza impediscono invece una così diretta attivazione, senza nulla togliere comunque al forte impegno di attivisti per i diritti umani che fanno da intermediari tra i cittadini e gli organismi convenzionali.

Si potrebbe concludere quindi affermando che sia gli effetti delle sentenze delle due Corti, puntuali nell'indicazione dei rimedi da adottare a livello interno, sia la forte legittimazione che esse ricevono dai soggetti che vi fanno ricorso trasformano tali organi in giudici sostanzialmente costituzionali anche se non formalmente tali. In particolare, riguardo al primo aspetto, le diverse tipologie di pronunce non sono estranee

a quelle che i giudici costituzionali interni emanano. Basta fare riferimento a quelle della Corte costituzionale italiane che fa ricorso ad un ampio ventaglio di sentenze ognuna delle quali produce effetti diversi. Come l'ex Presidente della Corte europea Luzius Wildhaber ha affermato: "definire la Corte europea come costituzionale, o quasi costituzionale, o tribunale *sui generis* è soltanto un problema semantico"[538]; la questione più determinante è che entrambe le Corti regionali sono investite in questioni costituzionali per natura, ovvero la protezione dei diritti umani, oltre che per il fatto che con le loro decisioni tendono ad incidere sulle regole poste dal legislatore.

4.3 Come e perchè recuperare la natura sussidiaria delle Corti regionali dei diritti

Le considerazioni sin qui svolte mostrano chiaramente come gli ordinamenti si trovino oggi a fronteggiare nuove sfide nel costituzionalismo classico. L'idea che Corti non direttamente previste nelle Costituzioni nazionali possano garantire in prima istanza i principi fondamentali destabilizza e induce a riflettere su quali possano essere gli strumenti più adeguati per recuperare terreno. Ciò non per fare un passo indietro ignorando quanto consolidato a livello sovranazionale, ma per raggiungere nuovi equilibri diretti ad un miglioramento della tutela dei diritti.

L'aspetto su cui converrebbe focalizzarsi è il recupero del concetto di sussidiarietà dei sistemi regionali per i diritti umani[539]. Non è compito della Corte europea e di quella interamericana prendere il posto di quelle nazionali o addirittura dei legislatori; la loro funzione è semmai assicurare una tutela minima dei diritti contemplati nelle Convenzioni[540], sia per evitare rischi di destabilizzazioni del potere

[538] V. L. Wildhaber, *A constitutional future for the European Court of human rights?*, cit., pag.161.
[539] Sull'applicazione del principio di sussidiarietà ai trattati internazionali sui diritti umani cfr. P. G. Carozza, *Subsidiarity as a structural principle of international Human Rights Law*, in Am. J. Int.'l L., 97, 2003, 38-79. L'articolo si può anche reperire nella versione italiana in *Europa e Costituzione*, P. G. Grasso (a cura di), Napoli, 2005, 129-215.
[540] Chi scrive propende per l'idea che il minimo standard a cui si fa riferimento equivale alle condizioni basilari necessarie per il corretto funzionamento di uno stato democratico, ovvero per il rispetto dei principi dello stato di diritto.

democratico sia per guidare le giovani democrazie a interpretare correttamente il funzionamento di tale sistema politico.

Seppure queste Corti abbiano mostrato da subito di non avere le caratteristiche dei tribunali internazionali classici, esse possono definirsi comunque Corti del 'caso concreto', in quanto investite da ricorsi di singoli con tutte le problematiche legate non solo alla specifica situazione ma soprattutto al contesto nazionale di riferimento. Nonostante uno dei principali motivi del successo delle Convenzioni regionali risieda nel fatto di unire paesi con lo stesso tipo di tradizioni socioculturali, tale comunanza si base sulla condivisione di standard minimi, non intaccando caratteristiche che differenziano Stati con storia e cultura comunque diversi.

In rispetto di ciò, Strasburgo ha cercato sempre di interpretare il proprio ruolo in maniera restrittiva e dunque sussidiaria. Ne è la dimostrazione il largo uso che ha fatto, e continua a fare, della dottrina del margine di apprezzamento[541] oppure il modo in cui ha interpretato per lungo tempo l'art. 1 della Cedu. Come già osservato, tale disposizione è stata considerata come una norma che limitava l'attività stessa della Corte in quanto faceva ricadere in prima istanza sugli Stati membri l'onere di garantire i diritti fondamentali previsti nella Convenzione. Oggi invece la Corte potrebbe seguire l'esempio americano invocando l'art. 1 come parametro per intervenire direttamente e in modo più risoluto qualora gli Stati, accusati di violazioni ripetitive, dimostrino costante disinteresse o carenze strutturali per attuare autonomamente i principi convenzionali[542]. I problemi sistemici che da sempre caratterizzano l'America latina, e che da dieci anni a questa parte hanno iniziato a tormentare l'Europa a causa dell'allargamento, costringono le Corti regionali a bypassare il principio di sussidiarietà.

Tale comportamento delle Corti è condivisibile per gravi violazioni compiute da Stati indifferenti al tema dei diritti umani, o perché incapaci a fronteggiare opportunamente la questione, tuttavia non lo è nel caso in cui esse lo adottassero per lesioni di libertà che superano la soglia minima necessaria per garantire i principi dello stato di diritto.

---

[541] Sul punto se si vuole cfr. P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento*, in *I diritti in azione*, cit., 145-181.

[542] Si è visto nel cap. 3 come la Corte ad esempio nel caso Kudla c. Polonia, cit., utilizzi l'art. 1 in combinato con gli artt. 13 e 35 per decidere sulla mancanza di un rimedio effettivo per la durata irragionevole dei porcessi. V. *supra*, cap. 3, § 3.2.3.

Generalmente le Corti regionali si sono limitate ad esprimere posizioni di principio, andando al di là della situazione individuale soltanto nei casi ripetitivi o che comunque coinvolgono un alto numero di ricorrenti – come per le sentenze pilota in Europa o la dichiarazione dell'effetto diretto delle decisioni americane sulle leggi di amnistia peruviane in America. Non è escluso tuttavia che esse, in presenza di Stati che tendono a demandare ai giudici quanto invece è di responsabilità propria, perdano di vista il compito assegnato loro dai cittadini nella risoluzione di specifici problemi. Al momento questo pericolo non si avverte anche se, per la Corte europea si può fare riferimento, oltre che alle già discusse sentenze *Tysiąk* e *E.B.*, a una serie di casi in cui il suo atteggiamento è in controtendenza rispetto a quello solitamente assunto. Attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 8 è riuscita, ad esempio, ad affermare il diritto a vivere in un ambiente sano[543]. Come è noto il riconoscimento di quello ambientale come 'nuovo diritto' è fonte di numerosi dibattiti all'interno degli ordinamenti non trovando quindi una certa e diretta tutela, forse perché più di parlare di diritto all'ambiente sarebbe più conveniente esprimersi in termini di politica dell'ambiente. La Corte europea così introdurrebbe una nuova fattispecie allontanandosi dalla protezione minima di diritti che è chiamata a garantire.

Chi scrive è dell'idea che gli effetti delle decisioni delle Corti sovranazionali hanno sulle legislazioni interne, maturati nel corso del tempo a causa dell'inerzia degli Stati a prevenire in prima battuta le cause di violazioni, debbano preservarsi tali soltanto qualora non è rispettata una soglia individuabile come minimo comune denominatore dei diritti, oltre la quale si entrerebbe nelle competenze degli ordinamenti interni, o meglio nelle competenze che attengono la sfera della politica più che quella giuridica.

Ciò garantirebbe il rispetto delle tradizioni statali e, al tempo stesso, assicurerebbe ai cittadini l'analisi del proprio caso in concreto. È questa una posizione che si vuole sostenere con riguardo alla Corte europea, maggiormente coinvolta in violazioni eccedenti tale livello minimo, ponendola così in condizione di dover decidere su temi in cui gli Stati nazionali non condividono la stessa linea di pensiero. La Corte interamericana, almeno per ora, è più interessata a gravi lesioni che offendono visibilmente la dignità della persona; inoltre essa, anche quando entra nel merito delle

[543] A questo proposito v. López Ostra c. Spagna del 9 dicembre 1994; Giacomelli c. Italia del 2 novembre 2006; Moreno Gomez del 16 novembre 2004.

legislazioni statali pretendendo riforme di tipo strutturale, non perde mai di vista la condizione in cui versano i singoli, assicurando loro un congruo rimedio individuale.

Più che sulle Corti regionali, l'impegno per preservare il loro carattere sovranazionale e quindi sussidiario deve ricadere sugli organi statali. Gli ordinamenti nazionali, in modo particolare i Parlamenti, dovrebbero dunque riappropriarsi delle tradizionali competenze. Specificamente per la situazione italiana, è sorprendete la velocità con cui avvengono le discussioni e le approvazioni per l'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali. La lettura di alcuni atti parlamentari è poi sconcertante; non raramente i deputati e i senatori confondono la Corte europea dei diritti dell'uomo con la Corte di Giustizia delle Comunità europee[544]; ciò è indice di scarsa conoscenza dei sistemi sovranazionali e delle loro potenzialità giuridiche.

Per quanto riguarda i giudici costituzionali si dovrebbe puntare su un maggiore confronto con Strasburgo; in tal senso possono essere salutate con favore le recenti decisioni della Corte costituzionale italiana che hanno risolto il posizionamento nel sistema delle fonti della Cedu e della sua giurisprudenza. Considerare questi un parametro di legittimità costituzionale costringe Roma a misurarsi con l'Europa sull'interpretazione dei diritti, con la possibilità di non uniformarsi *tout court* con quanto stabiliscono i giudici europei, ma di preservare concezioni più vicine alle nostre tradizioni.

Ideale sarebbe infine riformare l'intero sistema europeo accogliendo l'impostazione dell'Organizzazione degli Stati americani: allargare a tutti gli organi statali, *in primis* i Parlamenti, la possibilità di richiedere opinioni consultive alla Corte interamericana[545] in modo da anticipare questioni incerte sulla tutela dei diritti. Si deve

[544] Tra i tanti esempi che si possono riportare si vedano in particolare i resoconti stenografici della discussione dei disegni di legge per la riforma dell'art. 630 c.p.p. che voleva introdurre l'ipotesi della revisione dei processi a seguito di una condanna della Corte europea per violazione dell'art. 6 della Cedu (equo processo). Nello specifico si v. a.c. 1992 relativo al progetto di legge presentato il 20 novembre del 2001 dall'on. Cola, in cui all'art. 1 si parla di Corte di giustizia delle Comunità europee invece che di Corte europea dei diritti dell'uomo.

[545] Si è detto a proposito dell'organizzazione e le funzione della Corte interamericana che essa ha una competenza molto ampia in tema di pareri consultivi che possono essere richiesti non solo dagli organi convenzionali e dagli Stati aderenti alla Convezione ma anche da quelli che hanno aderito soltanto alla Carta dell'OAS. L'art. 64 della Convenzione americana dei diritti umani stabilisce infatti che: "1. Gli Stati membri dell'Organizzazione possono consultare la Corte circa l'interpretazione della presente Convenzione o di altri trattati concernenti la protezione dei diritti umani negli Stati americani. Nell'ambito delle loro rispettive competenze, anche gli organi di cui al Capitolo X della Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani, come emendata dal Protocollo di Buenos Aires, possono allo

ammettere che nel contesto americano le opinioni consultive hanno riscosso un discreto successo soltanto nel periodo iniziale, quando ancora la gran parte degli Stati non aveva accettato la giurisdizione della Corte. Oggi, il ricorso a questo strumento si fa più raro in particolare riferimento alle opinioni richieste dagli Stati per verificare l'eventuale difformità di una legge con i principi convenzionali. La constatazione del pessimo funzionamento della divisione dei poteri, che rende quello giudiziario servo dei governi, non permette un corretto utilizzo di tale strumento. Se inserito nel contesto europeo, si ha la netta sensazione che possa invece portare buoni frutti tanto da esser stato proposto anche da gruppi esperti vicini al Consiglio d'Europa.

Al contrario della Convenzione americana, la Cedu prevede la possibilità di opinioni consultive alla Corte in termini molto ristretti, lasciando in ombra questa potenziale giurisdizione. Sulla base dell'art. 47 della Cedu, soltanto il Comitato dei ministri può proporre una richiesta del genere e, per di più, su questioni che non attengono al contenuto dei diritti contemplati nel titolo I della Convenzione[546]. Vi è dunque un limitato ambito di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* che impedisce un controllo preventivo su atti statali che invece potrebbero morire sul nascere in quanto ritenuti non conformi a convenzione. È legittimo porre il dubbio su quali possano essere le questioni giuridiche che rientrano nell'ambito di applicazione del §2 dell'art. 47, escludendo quelle che riguardano l'interpretazione di altri trattati che prevedono norme sui diritti umani[547].

Ad oggi, nella prassi, non vi è stato un uso opportuno di tale competenza, anche perché non erano evidenti i vantaggi; alcuni paesi come il Belgio e l'Olanda avevano tentato di convincere il Comitato dei ministri a fare istanza alla Corte per valutare

---

stesso modo consultare la Corte. 2. La Corte, su richiesta di uno Stato dell'Organizzazione, può fornire a tale Stato pareri relativi alla compatibilità di qualunque sua legge nazionale con gli strumenti internazionali citati al paragrafo precedente". V. *supra* cap. 2, §2.3.4.

[546] L'art. 47 della Cedu dispone nello specifico che: "1. La Corte può, su richiesta del Comitato dei Ministri, fornire pareri consultivi su questioni giuridiche relative all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli. 2. Tali pareri non devono riguardare questioni inerenti al contenuto o alla portata dei diritti e libertà definiti nel Titolo I della Convenzione e nei protocolli, né su altre questioni che la Corte o il Comitato dei Ministri si troverebbero a dover giudicare in seguito alla presentazione di un ricorso previsto dalla Convenzione. 3. La decisione del Comitato dei Ministri di chiedere un parere alla Corte è adottata con un voto della maggioranza dei rappresentanti che hanno il diritto di avere un seggio al Comitato".

[547] La Convenzione sui diritti umani e biomedicina di Oviedo, adottata il 4 aprile del 1997, contiene ad es. una norma che espressamente prevede la possibilità di ricorrere alla Corte europea per ottenere l'interpretazione del trattato in questione (art. 29).

l'opportunità di disegni di legge in discussione. Lo stesso Comitato ha tuttavia respinto tali richieste precisando che si eccedeva il limite posto dall'art. 47 in quanto era richiesta l'interpretazione e l'applicazione dei diritti contemplati nella Cedu[548].

La *ratio* di tale norma trovava una chiara giustificazione fino a quando la Corte europea era impegnata su questioni esclusivamente individuali; l'idea di aprire a una giurisdizione consultiva avrebbe avuto, con ogni probabilità, l'effetto di sminuire l'affermazione di quella contenziosa in quanto gli Stati, pur di evitare una condanna, avrebbero richiesto dei pareri alla Corte[549].

Oggigiorno, poiché le sentenze contenenti affermazioni di principio stanno diventando frequenti, non si vede motivo alcuno per cui non allargare la competenza della Corte anche alla funzione consultiva[550]. Ciò è in linea con quanto espresso più di recente dal comitato dei 'saggi', un gruppo di dodici esperti riunito per stendere un rapporto al Comitato dei Ministri europeo al fine di trovare possibili soluzioni per migliorare il sistema convenzionale. Il Comitato ritiene utile favorire, accanto al consolidamento del meccanismo delle sentenze pilota, un contatto diretto tra i giudici europei e quelli nazionali attraverso il meccanismo delle *advisory opinion* su casi legati all'interpretazione della Convenzione e dei suoi protocolli.

Si tratterebbe di richieste facoltative e non vincolanti, ristrette alle sole Corti costituzionali o ai giudici di ultima istanza, che incoraggerebbero il dialogo con la Corte europea su questioni di principio o di interesse generale[551]. Una versione non sofisticata del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia europea che potrebbe procurare significativi mutamenti nei rapporti tra i giudici nel sistema *multilevel* dei diritti.

---

[548] Nel 1972 ad es. l'Olanda aveva proposto un'opinione consultiva riguardo alla revisione della legislazione in materia di disciplina militare, tentativo respinto direttamente dal Comitato dei ministri.

[549] Sulle discussioni che si sono avute in seno ai lavori preparatori della Convenzione e ai lavori per l'approvazione del Protocollo n. 2 con cui è stato emanato l'attuale testo dell'art. 47 cfr. P. Benvenuti, *Art. 47, pareri consultivi*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, cit., pp. 695- 713.

[550] A dire il vero una prima versione di opinione consultiva la si è avuta relativamente alla vicenda francese sull'istituzione della Commissione Stasi per l'introduzione, in Francia, della norma antivelo. In quella occasione venne consultato il vice-presidente della Corte di Strasburgo il quale aveva affermato, che la legge in questione appariva convenzionalmente conforme, e che quindi un futuro ricorso alla Corte avente ad oggetto tale legge non sarebbe stato accolto. Sul punto cfr. D. Tega, *Stato laico: tollerante o militante?* in Quad. cost. n.1/2004, pag. 144.

[551] Il rapporto steso dal gruppo dei saggi può essere consultato sul sito del Consiglio d'Europa www.coe.int. Il punto che interessa è riportato al §135 del documento.

L'*advisory opinion* risulterebbe ancora più significativa se si pensa agli ordinamenti di *civil law* in cui, mancando il vincolo del precedente, potrebbe risolvere il problema delle difformità interpretative della Convenzione e della giurisprudenza della stessa Corte europea. Se poi questa tecnica fosse allargata anche ai Parlamenti risulterebbe certamente più semplice trovare un giusto compromesso per evitare facili sostituzioni dei sistemi sovranazionali sugli ordinamenti interni, o meglio per non lasciare alle Corti regionali competenze che attengono più strettamente alla sfera politica che giuridica. Un rischio questo tanto più alto quanto più si fa riferimento a quei paesi in cui è visibile una crisi della politica.

CAPITOLO 5

LE RISPOSTE DELL'ORDINAMENTO ITALIANO AI RIMEDI IMPOSTI DAGLI ORGANI DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Breve premessa

In questo capitolo conclusivo si vuole fornire un esempio concreto di come l'attuale sviluppo della disciplina dei rimedi a livello regionale condizioni le scelte degli ordinamenti nazionali, elevando le Corti dei diritti europea e interamericana da semplici giudici internazionali a giudici *sui generis* che si servono di strumenti affini a quelli dei tribunali costituzionali. Uno sviluppo questo causato dalla crescita dei ricorsi riguardanti violazioni gravi e strutturali dei diritti e, più in generale, dall'aumento delle petizioni. In tal senso, l'ordinamento italiano rappresenta un buon banco di prova per dimostrare come l'evoluzione della giurisprudenza europea sui rimedi incida sui sistemi interni, attribuendo alla Cedu uno *status* peculiare che in Italia ha recentemente assunto il valore di parametro interposto di costituzionalità[552].

Più che dalla sensibilità dottrinale e giurisprudenziale interna nei confronti della Convenzione, ciò è frutto di un processo originato dalla prassi della Corte europea che, essendo maggiormente attenta alle forme di riparazione, si è guadagnata uno spazio privilegiato negli Stati. In queste pagine dunque si darà conto delle modifiche avvenute in Italia su impulso europeo, legittimando di fatto il sistema convenzionale a far parte integrante del nostro ordinamento.

[552] Si vedano le sentenze della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007, *infra* §5.5.

5.1 Il crescente contenzioso italiano, fattore chiave per la ricollocazione della Cedu nel sistema delle fonti

Tra i vecchi paesi aderenti al Consiglio d'Europa, l'Italia detiene il triste primato delle condanne ricevute dalla Corte, dietro soltanto alla Turchia, alla Russia e ad altri paesi dell'Est[553]. Nonostante il nostro ordinamento sia fondato su un sistema costituzionale tra i più avanzati, non sono rare le occasioni in cui la protezione dei diritti rimane nella sfera ideale, senza ricevere in concreto le garanzie minime previste dalla Cedu.

A dire il vero sono due i punti nevralgici che rendono l'Italia passibile di condanne europee: il forte deficit strutturale dell'organizzazione della giustizia e la mancanza del ricorso diretto alla Corte costituzionale per lamentare la violazione di un diritto fondamentale[554]. Il primo punto preoccupa non poco la Corte europea in quanto investita di innumerevoli ricorsi italiani riguardanti per la maggior parte le questioni del giusto processo[555]; il secondo punto per il sistema europeo è invece irrilevante, poiché dipende dalla struttura di giustizia costituzionale scelta dal nostro Costituente, seppure questa sia uno dei fattori determinanti dell'alto numero dei ricorsi[556]. Osservando la situazione da una prospettiva europea, la Corte non può certo operare sul fronte della giustizia costituzionale interna, bensì è in grado di condizionare con un preciso filone

[553] Per farsi un'idea del numero di ricorsi presentati ogni anno contro l'Italia e del numero dei contenziosi ancora pendenti dinnanzi alla Corte è sufficiente consultare le relazioni annuali presentate dalla Corte nella parte finale in cui si fa riferimento alle statistiche calcolate, disponibili sul sito www.coe.int alla voce reports and statistics. Nel 2007 ad esempio i casi italiani ancora pendenti ammontavano a 2.907 mentre ne sono stati decisi ben 67 su un totale di 1.503 riguardanti tutti i paesi, dietro a Turchia (331), Russia (192), Ucraina (109) e Romania (93).

[554] Valerio Onida considera l'assenza del ricorso diretto nel sistema italiano un limite che pesa nel processo di internazionalizzazione del diritto costituzionale e che costringe la nostra Corte a rimanere in una posizione più periferica senza dunque rappresentare un saldo punto di riferimento per i cittadini del paese. Cfr. V. Onida, *Una nuova frontiera per la Corte costituzionale: istituzione <<di confine>> fra diritto nazionale e sovranazionale*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit., pag. 536.

[555] Sempre secondo il rapporto del 2007 ben 44 casi proposti riguardano l'art. 6 della Cedu sull'equo processo, anche se sono in aumento le lamentele sull'art. 8 (rispetto della vita privata e familiare) mentre sono in netta diminuzione quelli riguardanti il diritto di proprietà grazie ai provvedimenti nazionali presi negli ultimi tempi e di cui si riferirà nel corso di queste pagine.

[556] In effetti i sistemi che prevedono il ricorso diretto alla Corte costituzionale interna sono meno coinvolti in giudizi europei. Ad esempio nel 2007 la Spagna ha solo 5 ricorsi pendenti mentre la Francia è tra i paesi occidentali, dopo l'Italia, maggiormente condannata.

giurisprudenziale le istituzioni italiane, a livello parlamentare e giudiziario, con l'obiettivo di produrre mutamenti sostanziali all'ordinamento.

A poco più di cinquant'anni dalla ratifica italiana della Cedu[557], si è assistito ad una sua progressiva accettazione da parte degli operatori giuridici i quali, inizialmente, consideravano la Convenzione un mero documento ricognitivo o, come definito in dottrina, un "fenomeno di *wishful thinking*, privo di utilità pratica"[558].

Indagando sui probabili motivi che hanno determinato la graduale apertura italiana rispetto alla Cedu, è rilevante non solo la posizione avanzata di parte della dottrina e della magistratura, consce del rinnovamento che la Convenzione avrebbe inevitabilmente apportato, ma soprattutto l'atteggiamento della stessa Corte europea che non ha mai allentato la presa, insistendo sulla necessità di produrre cambiamenti in alcuni rami della legislazione italiana per arrestare la valanga di ricorsi. In effetti, osservando la giurisprudenza Cedu nei confronti dell'Italia, considerevoli modifiche giurisprudenziali e legislative sono state tutte anticipate dalle richieste espresse dalle sentenze della Corte europea unitamente alle risoluzioni interinali del Comitato dei ministri. Tuttavia, è bene anticipare che tali mutamenti sono avvenuti per lo più a livello legislativo che giurisprudenziale, sia per la riluttanza dei giudici ordinari e di quello costituzionale a considerare, fino a poco tempo fa, la giurisprudenza Cedu parametro di riferimento per l'applicazione delle leggi interne[559], sia per lo stesso contenuto delle decisioni europee che fanno prevalentemente leva sul Parlamento piuttosto che sui giudici.

Ripercorrendo le tappe dottrinali e giurisprudenziali che hanno cercato di risolvere formalmente la questione della posizione della Cedu nel sistema delle fonti senza giungere a soluzioni dogmatiche soddisfacenti, si vuole sottolineare come il raccordo tra la Convenzione e l'ordinamento italiano sia stato determinato dall'affermazione sostanziale della giurisprudenza della Corte europea. Quest'ultima, attraverso i rimedi imposti per evitare violazioni ripetitive o assicurare una piena *restitutio in integrum* per le lesioni individuali, si è insinuata nella struttura dello Stato

[557] Si ricorda che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo è stata ratificata con la legge ordinaria n. 848 del 1955.
[558] Così P. V. Valbrega, *L'applicazione giurisprudenziale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in Italia*, in Documenti e Giustizia, vol. 1-2, 2000.
[559] V. *infra* § 5.3, 5.4 e 5.5.

lasciando poco margine di scelta alle autorità e inducendo la Corte costituzionale, con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, a formalizzare ciò che si era già attestato nella prassi più recente.

È per questo che a parere di chi scrive il caso italiano può rappresentare un esempio ottimale per dimostrare come la giurisprudenza sui rimedi Cedu abbia modificato l'assetto degli ordinamenti statali, che ormai non possono più prescindere dalle decisioni europee. La giurisprudenza sui rimedi ha consentito alla Corte europea di acquisire un certo grado di autorevolezza per orientare e dirigere le scelte interne da sempre considerate di stretta competenza nazionale. A causa delle decisioni europee, l'Italia ha dovuto ad esempio aggiornare la legislazione sulla regolamentazione del diritto di proprietà o della celebrazione dei processi in contumacia oltre ad altri settori rilevanti di cui si darà conto nel corso di queste pagine.

5.2 Le posizioni dottrinali sulla valenza normativa della Cedu

I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i singoli Stati membri non sono direttamente disciplinati dal testo della Cedu: non esiste infatti alcuna disposizione convenzionale che obblighi i paesi ad incorporarla. Ciò che invece sta a cuore agli organi europei è la garanzia di una tutela interna almeno equivalente allo standard minimo di protezione previsto dalla Convenzione. Come più volte ha ribadito la stessa Corte di Strasburgo, ogni Stato aderente al Consiglio d'Europa è libero di introdurre la Convenzione e decidere la sua collocazione nel proprio sistema delle fonti[560].

Tra le modalità con cui la Cedu è stata recepita nei diversi paesi, si possono individuare tre differenti modelli[561]. Un primo gruppo, tra cui l'Austria[562], ha

[560] Cfr ad es. il caso Lithgow e altri c. Regno Unito dell'8 luglio 1986 in cui la Corte ha affermato : "Although there is thus no obligation to incorporate the Convention into domestic law, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention the substance of the rights and freedoms set forth must be secured under the domestic legal order, in some form or another, to everyone within the jurisdiction of the Contracting States …The Article 13 guarantees the availability within the national legal order of an effective remedy to enforce the Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured".

[561] In generale, per una rassegna delle modalità in cui i vari paesi europei hanno incorporato la Cedu v. L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea fra fonti internazionali e fonti interne*, Torino, 2002.

costituzionalizzato la Convenzione permettendo alle disposizioni da essa contemplate di prevalere sulle leggi ordinarie interne; un secondo gruppo, di cui l'esempio più significativo è il Regno Unito, non ha integrato la Convenzione nel diritto interno ma, sulla base di una legge specifica - la *Bill of Rights* del 1998 - i tribunali interni hanno l'obbligo non solo di rispettare le sentenze della Corte europea ma soprattutto quello di interpretare le disposizioni nazionali alla luce della Convenzione dandone, quindi, un'applicazione conforme; un terzo e ultimo gruppo di paesi ha recepito la Convenzione con legge ordinaria. È questo il modello seguito dall'Italia che ha ratificato la Cedu con la legge n. 848 del 1955. Quest'ultima modalità di incorporazione pone i problemi maggiori. Applicando il classico criterio del *lex posterior derogat priori*, secondo il quale le leggi successive abrogano o meglio derogano quelle precedenti, il nostro paese incorre nel rischio di risultare inadempiente rispetto agli obblighi internazionali. Ipotizzando infatti un contrasto tra una legge ordinaria posteriore e la legge con cui si è dato 'ordine di esecuzione' alla Cedu, i giudici dovrebbero applicare, secondo il criterio abrogativo, la nuova legge tralasciando la precedente venendo meno così agli impegni assunti con il Consiglio d'Europa.

Per risolvere la questione, la dottrina italiana ha prospettato alcune ben note soluzioni con l'intento di trovare una copertura costituzionale alla Convenzione, consapevole del valore transnazionale dei precetti in essa contenuti. In particolare, sono stati elaborati tre principi – personalista, internazionalista e pacifista – che si fondano sul tentativo di ancorare la Cedu a precise disposizioni costituzionali. Tuttavia, nessuno di questi ha trovato riscontro nella giurisprudenza ordinaria e costituzionale lasciando il problema irrisolto fino alle decisioni dell'ottobre del 2007 della Corte costituzionale di cui però si dovrà ancora valutarne l'impatto. Sebbene la questione sembra essere stata chiusa con le suddette sentenze costituzionali, appare comunque opportuno ripercorrere le diverse posizioni dottrinali sul tema.

---

[562] L'Austria ha recepito la Cedu con legge costituzionale attribuendole quindi valore costituzionale. In altri paesi la Convenzione assume rango intermedio tra la Costituzione e la legge ordinaria come in Polonia e in un certo senso in Germania dove la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ha rango superiore rispetto alla legislazione degli enti federati (i Länder) ma resta sottoposta alla Legge fondamentale federale.

Il principio personalista trae origine dall'art. 2 della Costituzione[563], ovvero dal riconoscimento attribuito al concetto di inviolabilità dei diritti dell'uomo, fondamentale allo sviluppo della personalità di ciascun individuo. Interpretando tale disposizione come un 'catalogo aperto' dei diritti, si potrebbero far rientrare sotto l'egida della Costituzione anche nuovi diritti non contemplati dalla carta costituzionale ma che si affermano nella coscienza sociale o che sono previsti dalle Convenzioni internazionali. In tal caso la Cedu si collocherebbe in posizione addirittura paritaria alle singole norme della Costituzione italiana, indipendentemente dal suo atto di recepimento. Attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 2 della Costituzione, infatti, i diritti contenuti nella Convenzione risulterebbero compresi nel dettato costituzionale in maniera implicita e tutelabili pertanto alla stessa stregua di quelli osservati nella carta costituzionale[564].

Da lungo tempo ci si domanda se il testo dell'art. 2 debba essere considerato a fattispecie aperta o chiusa e gli interrogativi sul tema rimangono tuttora irrisolti nonostante alcune risposte da parte della Corte costituzionale. In alcuni casi quest'ultima pare abbia individuato nuovi diritti proprio da una lettura aperta di tale articolo anche con riferimento alle Carte dei diritti, facendo propendere gran parte della dottrina a considerare tale articolo portatore di libertà costituzionali non espressamente incluse in Costituzione[565]. Evidentemente ciò non è parso sufficiente per poter pacificamente sostenere la tesi del catalogo aperto dei diritti fondamentali in quanto, per alcuni, il richiamo della Corte all'art. 2 della Costituzione è servito piuttosto come argomentazione aggiuntiva per giustificare un semplice bilanciamento di interessi[566], motivo per cui il principio personalista non ha trovato un riscontro oggettivo ai fini

[563] Nello specifico l'art. 2 Cost. stabilisce che: "la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità".
[564] Tra i più convinti sostenitori dell'interpretazione a fattispecie aperta dell'art. 2 Cost. A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, pag. 59 ss..
[565] Si pensi ad es. ai casi sul diritto alla casa (sentenza n.404 del 1988) o sul diritto di espatrio (sentenza n. 278 del 1992). Più in generale sull'individuazione di nuovi diritti cfr. A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003.
[566] Di questo avviso R. Bin, *Diritto costituzionale*, Torino, 2006, pag. 485. Di parere contrario A. Barbera che dalla sentenza della Corte costituzionale n. 561 del 1987 ritiene il testo dell'art. 2 Cost. ormai inequivocabilmente a fattispecie aperta (A. Barbera, C. Fusaro, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2006, pag. 126).

della collocazione della Cedu nel nostro ordinamento, nonostante alcune visibili aperture[567].

Il principio internazionalista è stato elaborato sulla base di quanto dispone il primo comma dell'art. 10 della Costituzione: "L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute". Il problema maggiore che pone tale posizione risiede nell'identificazione del tipo di diritto internazionale a cui l'articolo fa riferimento, ovvero se solo alle norme consuetudinarie o anche a quelle pattizie. La dottrina ha sempre inteso il diritto internazionale generalmente riconosciuto quello consuetudinario escludendo tutti i Trattati internazionali e, quindi, anche la Cedu[568]. Chi in minoranza sostiene la tesi internazionalistica argomenta invece che anche il diritto convenzionale abbia copertura costituzionale. In particolare, per la Convenzione europea appare irrilevante che i diritti in essa disciplinati siano regolati in forma scritta; l'obbligatorietà deriva dalla loro portata universale e pertanto possono considerarsi parte del diritto internazionale generale di cui la stessa Costituzione deve tener conto. Di conseguenza, la Cedu sarebbe recepita nell'ordinamento italiano tramite l'art. 10 della Costituzione e, dunque, non subirebbe l'abrogazione o la deroga da parte di leggi ordinarie successive.

La strada percorsa dalla dottrina per arrivare ad affermare l'adattamento automatico dei principi internazionali, non solo consuetudinari ma contenuti anche nei trattati, è quella del rispetto della norma generale *pacta sunt servanda*, ovvero una regola che trasformerebbe automaticamente i trattati in diritto interno[569]. Le obiezioni mosse nei confronti di tale tesi sono state numerose; le più autorevoli si basano sul fatto che, in primo luogo, essa contrasta con l'intento chiaro del costituente di considerare il

---

[567] Una delle critiche più fondate sulla natura aperta dell'art. 2 Cost. riguarda il pericolo di allargare troppo il catalogo dei diritti col risultato di indebolire inevitabilmente gli altri già espressamente previsti. L'individuazione dei nuovi diritti nella Cedu poteva servire a evitare l'indeterminatezza della categoria "nuovi diritti" ma, come sostenuto in dottrina, se ciò sarebbe stato utile per limitare la creatività e l'attivismo dei giudici allo stesso tempo avrebbe lasciato troppi margini di discrezionalità a Strasburgo e Lussembrurgo nella determinazione dei loro contenuti. Così M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, cit., pag. 11.

[568] Tra gli altri A. Cassese, *Lo Stato e la comunità internazionale*, *Commentario alla Costituzione*, cit., pp. 461-507.

[569] Propende per questa tesi R. Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968. Secondo l'A. tale tesi è suffragata dalla stessa prassi del Parlamento italiano che, contestualmente alla legge di ratifica dei trattati, approva anche l'ordine d'esecuzione. Inoltre, sempre secondo l'A., non si spiegherebbe come alcune convenzioni internazionali sono state applicate anche quando non esisteva un ordine di esecuzione emesso con legge formale, come nel caso di trattati in materia di estradizione.

primo comma dell'art. 10 Cost. applicabile solo al diritto internazionale consuetudinario[570]. In secondo luogo, la norma *pacta sunt servanda* è una regola sulla produzione giuridica, ovvero un principio che consente all'Italia di stipulare accordi internazionali attribuendo loro un valore normativo, non trattandosi invece di una norma materiale.

Rigettata quindi tale impostazione anche dalla prassi parlamentare e dalla giurisprudenza, si è tentato di trovare un'ulteriore via che in qualche modo superasse le obiezioni avanzate considerando il brocardo *pacta sunt servanda* non riferibile al procedimento di produzione giuridica ma quale norma che ha l'effetto di vietare deroghe all'esecuzione dei trattati internazionali – in tal caso si parlerebbe di *pacta recepta sunt servanda*[571]. Tuttavia questa tesi è stata altresì criticata per due motivi: da un lato per l'inesistenza di tale norma in quanto ogni volta che si viola un accordo internazionale ne discenderebbe anche una violazione del principio in questione quando invece la prassi italiana fa valere solo un inadempimento internazionale; dall'altro perché altrimenti non si spiegherebbe la tutela rinforzata degli accordi in materia di trattamento degli stranieri contenuta nel comma 2 dello stesso art. 10 Cost.[572]. Né è stata accolta senza riserve la tesi che si fonda sul principio di specialità *sui generis* dei trattati, secondo cui la superiorità di questi risiede in una duplice volontà legislativa, ovvero rispettare gli accordi internazionali e regolare alcuni rapporti secondo un determinato schema di interessi che si vogliono perseguire. In tal caso solo se il legislatore espressamente dichiara di voler contravvenire alla volontà manifestata al momento della ratifica ed esecuzione del trattato può abrogare la norma patrizia[573].

Il principio pacifista si evince dall'art. 11 della Costituzione che dispone: "L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni rivolte a tale

[570] Su una puntuale ricostruzione del dibattito avvenuto durante i lavori della Costituente sulla formulazione dell'art. 10 si v. A Cassese, *Stato e la comunità internazionale*, cit., pp. 461-507.
[571] Tra i più convinti sostenitori di tale impostazione P. Barile, *Rapporti tra norme primarie comunitarie e norme costituzionali e primarie italiane*, in Com. Int, 1966, pp. 15-16.
[572] Riassume in modo puntuale tale obiezioni sempre A. Cassese, *Lo Stato e la comunità internazionale, Commentario alla Costituzione*, cit., pag. 495.
[573] Tesi questa elaborata ed espressa con forza da B. Conforti, *Diritto internazionale*, 4^ ed.,Napoli, 2006, Id. *Scritti di diritto internazionale*, Napoli, 2003.

scopo". Attraverso la limitazione di sovranità prevista in tale articolo l'Italia è riuscita ad accettare la supremazia del diritto comunitario senza la necessità di revisionare il testo costituzionale. Parte della dottrina ha cercato di estendere tale impostazione anche alla Convenzione il cui intento è sicuramente quello di creare un diritto comune europeo per la salvaguardia dei diritti fondamentali. In tal modo la Cedu assumerebbe rango primario pari a quello della Costituzione[574].

Pare ovvio che la Convenzione europea soddisfi la condizione posta dall'art. 11 sul perseguimento della pace e della giustizia tra le Nazioni, al contempo tuttavia non può dirsi lo stesso riguardo alla limitazione di sovranità. Se si pensa che tale locuzione dovrebbe riguardare più il principio di riparto delle competenze, sicuramente la tutela dei diritti umani non può considerarsi una materia da ripartire, tagliando trasversalmente le competenze degli organi costituzionali interni e di quelli sovranazionali in quello che ormai si definisce un sistema multilivello di protezione dei diritti. Anche la tesi internazionalistica dunque non ha incontrato i favori di altra parte della dottrina e della giurisprudenza, la quale ha preferito per lungo tempo attribuire alle norme convenzionali un valore programmatico e non precettivo, ovvero non direttamente applicabile senza un intervento statale.

Lo scenario muta con l'introduzione della riforma costituzionale del 2001 che ha fatto presagire una reale possibilità per assegnare valore formalmente costituzionale alla Convenzione attraverso il nuovo art. 117 della Costituzione, introdotto con la legge cost. 3/2001 che ha modificato l'intero Titolo V. Stabilendo che "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali", la disposizione in questione fa esplicito riferimento a tutti i trattati internazionali che vincolerebbero le leggi statali e regionali a rispettare i principi in essi stabiliti. Si tratta quindi di una norma sulla produzione giuridica che presta il fianco a una costituzionalizzazione della Cedu se questa viene decontestualizzata dal Titolo V, attribuendo un rango primario alla Convenzione in quanto obbliga le disposizioni interne al suo rispetto[575]. Anche in tal

[574] Tra tutti cfr. P. Mori, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Patto delle Nazioni Unite e Costituzione italiana* , in Riv. Dir. Int., 1983, pag. 306 ss..

[575] Meno accettabile era la tesi secondo cui il comma 1 dell'art. 117 potesse considerarsi alla stessa stregua del comma 1 dell'art. 10, distinguendo i due articoli costituzionali in base al tipo di norma oggetto di adattamento automatico: l'art. 10 al diritto internazionale consuetudinario, il comma 1 dell'art. 177 al

caso la dottrina, tuttavia, non è stata unanime nel confermare quanto detto: a differenza di chi ha sostenuto che l'art. 117 debba essere interpretato nella maniera suddetta[576], c'è chi invece ha asserito che il vincolo del rispetto degli obblighi internazionali si riferisce soltanto alle leggi regionali per la posizione che l'art. 117 occupa nella carta costituzionale, ovvero nel Titolo che riguarda le Regioni, le Province, i Comuni[577]. D'altronde, per cinque anni dalla riforma, la Corte costituzionale ha rinunciato ad esprimersi sulla valenza effettiva del comma 1 dell'art. 117, come parametro per dichiarare l'incostituzionalità di norme che, seppur non palesemente, apparivano in contrasto con gli obblighi internazionali[578]. Soltanto lo scorso ottobre essa ha chiarito la vicenda qualificando la Cedu come norma interposta che interessa tutte le leggi dell'ordinamento, escludendo quindi che la disposizione operi soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni, delimitando le competenze tra questi soggetti[579].

---

diritto internazionale patrizio. Sostenitori di tale orientamento A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione europea*, in Rass. parl., 2002, pag. 916 ss., che limita comunque tale automaticità ai trattati ratificati secondo la procedura ordinaria e non semplificata in osservanza all'art. 80 Cost. Più in generale per una rassegna completa di tutte le posizioni dottrinali avanzati circa la valenza del comma 1 dell'art. 117 Cost. cfr. G. Serges, *Art. 117, 1° co.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, Vol. III, Torino, 2007, pp. 2213-2226.

[576] A favore di tale interpretazione si v. B. Conforti, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in Foro it., 2002, V, pp. 229-233; in particolare sulla valenza di parametro interposto della Cedu hanno insistito M. Cartabia, *La Cedu e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in *All'incrocio tra Costituzione e Cedu*, op. cit.; F. Sorrentino, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto costituzionale e comunitario*, in DPCE, 2002, pp. 1355-1361, A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia, E. DeMarco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti, momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, pag. 89 ss..

[577] Cfr. tra tutti E. Cannizzaro, *La riforma <<federalista>> della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in Riv. dir. int.le, 2001, pp. 921-934; C. Pinelli, *I limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale e i rapporti con l'ordinamento internazionale e con l'ordinamento comunitario*, in Foro it. 2001, V, pp. 194-199.

[578] La prima decisione costituzionale riguardante l'applicazione del comma 1 dell'art. 117 è la n. 406 del 2005 che tuttavia si pronuncia sui vincoli comunitari lasciando ancora aperta la questione degli obblighi internazionali. Per un commento a tale sentenza v. R. Calvano, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost. Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?*, in Giur. Cost., n. 6 del 2005, pag. 4417 ss. Su un commento approfondito della nuova posizione della Corte costituzionale sulla valenza della Cedu nel nostro ordinamento v. *infra*, cap. 5, §5.5.

[579] Nella sent. n. 348 del 2007, p.to 4.4. la Corte continua asserendo: "L'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale. La legge – e le norme in essa contenute – è sempre la stessa e deve ricevere

5.3 Gli orientamenti della giurisprudenza ordinaria e costituzionale italiana

Prima che la Corte europea indicasse espressamente all'Italia il rimedio più adeguato per riparare alle violazioni di diritti fondamentali, giudici e legislatori si ponevano in modo cauto rispetto alla Convenzione e anche alla giurisprudenza della Corte europea. Questa era anzi considerata il lavoro di un organo di diritto internazionale puro senza i mezzi sufficienti per imporre le proprie decisioni negli ordinamenti nazionali, eccetto i casi in cui gli Stati non vi avessero dato spontanea esecuzione. Inoltre, anche nelle prime sentenze italiane in cui si manifestava una certa apertura nei confronti della Cedu, l'attenzione era posta sul contenuto degli articoli della Convenzione e in nessuna circostanza alla giurisprudenza, non ritenuta integrativa delle norme convenzionali.

Invero, come si è voluto dimostrare, proprio la prassi europea si è rivelata cruciale ai fini dell'integrazione della Cedu nei sistemi giuridici interni, nonostante l'assenza di mezzi di *enforcement* necessari. Ciò è avvenuto anche in Italia con un processo graduale che ha condotto al formale riconoscimento della Convenzione e della sua giurisprudenza quale parametro interposto a livello costituzionale. Un'evoluzione che era stata anticipata da alcune decisioni pionieristiche delle giurisprudenze supreme. Accanto ad alcuni tentativi della dottrina di cui si è appena riferito, altri ne sono stati compiuti dalla giurisprudenza. Sono ormai note le sentenze della Corte di Cassazione *Polo Castro* e *Medrano*, oltre a quella della Corte costituzionale n. 10 del 1993 in cui si è stabilito che la Convenzione "è riconducibile a una fonte atipica" tale per cui non può essere abrogata da una legge successiva[580].

---

un'interpretazione uniforme, nei limiti in cui gli strumenti istituzionali predisposti per l'applicazione del diritto consentono di raggiungere tale obiettivo".

[580] Caso Medrano del 12 maggio 1993, in Cass. pen. 1994, pp. 440-443; caso Polo Castro, Cass. SS. UU. Penali del 23 novembre 1988 n.15, in Cass. Pen, 1989 pag. 1418-1426. Per una maggiore specificazione sull'argomento *cfr* D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione*, cit., pp. 67-90, A. Colella, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, sul Forum di quaderni costituzionali, 2007, pp.24-28. Se tuttavia i casi citati sono quelli rimasti agli onori della cronaca, ve ne sono altri non meno importanti che affermano la tendenza in alcune circostanze anche della Cassazione civile ad affermare la diretta applicabilità del diritto di Strasburgo. In tal senso v. la decisione Muscas, Cass. Civ, sez. I del 19

Tuttavia permanevano difformità interpretative e applicative della Convenzione tanto da generare ambiguità circa la sua portata giuridica. Non sono irrilevanti gli esempi dell'applicazione diretta della Cedu da parte di alcuni giudici ordinari – emblematica è in tal senso la decisione del Tribunale di Genova del 2000[581] – e, allo stesso tempo, di un suo utilizzo come mero ausilio interpretativo delle fonti interne.

A parere di chi scrive, la ragione di tali posizioni altalenanti è riconducibile a due motivazioni principali, di cui la seconda pare una conseguenza della prima. Da un lato l'atteggiamento della Corte europea, dall'altro l'impostazione scelta dagli operatori giuridici italiani che hanno preferito concentrarsi sulle norme della Cedu più che sulla giurisprudenza di Strasburgo. Quanto alla prima, la ricostruzione della giurisprudenza europea qui offerta mostra come la Corte di Strasburgo non abbia considerato per lungo tempo il potenziale offerto dall'interpretazione letterale e sistematica della Cedu. La Corte, limitandosi a dichiarare la violazione di un diritto convenzionale, si è sempre astenuta dall'indicare il rimedio utile; in tal modo non ha né assicurato una riparazione a una lesione individuale comminando una *restitutio in integrum*, al contrario di quanto l'art. 41 della Cedu dispone, né ha garantito la non ripetizione futura dell'illecito, suggerendo riforme di carattere strutturale. Il comportamento dei giudici europei cambia col mutare degli scenari: l'allargamento ai paesi dell'Est e l'aumento in generale dei ricorsi hanno costretto la Corte a prendere posizioni categoriche fino a spingersi ad indicare talvolta ai legislatori riforme interne, in altre circostanze ai giudici interpretazioni conformi alla Convenzione.

In relazione alla seconda motivazione che ha portato ad una concezione non univoca della Cedu nel nostro paese, le autorità italiane più sensibili a quanto stava accadendo in Europa si sono concentrate sulla prima parte della Convenzione, in cui sono catalogate le libertà che gli Stati membri s'impegnano a rispettare, tralasciando del tutto la seconda in cui si stabiliscono gli effetti vincolanti delle sentenze europee per il

---

luglio 2002, n. 10542, in cui la Corte afferma che "L'eventuale applicazione dell'art. 1 prot.1 della Convebnzione spetta al giudice nazionale che, ove ravvisi un contrasto della disciplina nazionale è tenuto a dare prevalenza alla norma pattizia, che sia dotata di immediata precettività rispetto al caso concreto, anche ove ciò comporti una disapplicazione della norma interna".

[581] Caso n. 4114 del 23-30 novembre del 2000, riportato da B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit., pag. 265. sulle tendenze dei giudici comuni ad applicare direttamente la Cedu v. anche L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, in id., pp.119-163; A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in Quad. Cost. n. 1 del 2003, pp. 25-51.

concreto rispetto di tali diritti. Un'impostazione che ha prodotto in giurisprudenza esiti alquanto disomogenei.

Se da un lato si è affermato il carattere *self-executing* delle disposizioni Cedu – almeno per le più dettagliate – dall'altro la loro diretta applicazione è stata negata per indeterminatezza dinnanzi al caso concreto[582]. Una tendenza supportata indirettamente anche dalla stessa Corte europea, non solo per aver trascurato la disciplina dei rimedi, ma anche per il costante ricorso alla dottrina del margine d'apprezzamento, lasciando spazio agli ordinamenti interni per bilanciare i valori socio culturali che li contraddistinguono con i precetti della Convenzione[583].

In definitiva, l'influenza della Cedu sul nostro ordinamento non trovava punti fermi a causa di un errore concettuale di partenza: focalizzare l'attenzione sulla qualità precettiva o programmatica delle norme convenzionali piuttosto che sulla natura degli obblighi giuridici assunti con la ratifica della Cedu, vincoli che impegnano le autorità nazionali a conformarsi alle sentenze della Corte europea sulla base del comma 1 dell'art. 46 Cedu. Questo punto non è stato compreso dai giudici italiani che, seppur consci della necessità di dare ascolto alle indicazioni di Strasburgo per fermare le condanne inflitte, hanno erroneamente ricercato una valida base legittimante invocando le sole disposizioni convenzionali, trascurando invece l'arricchimento offerto dalle sentenze, un valido supporto agli interpreti interni nella risoluzione dei casi ad essi sottoposti.

Fino a quando la Corte europea ha tralasciato l'applicazione espressa dell'art.46, essa non ha fornito un aggancio agli organi nazionali per sostenere con forza l'idea del rispetto della Convenzione e della giurisprudenza ad essa relativa; ciò risulta ancora più vero per gli operatori italiani che si trovavano di fronte a un documento internazionale ratificato con legge ordinaria e per questo senza il sostegno di riferimenti formali concreti. Da quando invece la Corte di Strasburgo ha iniziato a elaborare una giurisprudenza dei rimedi invocando proprio gli artt. 46 e 41 della Cedu, giudici e

[582] In tal senso e per una più completa ricostruzione dei rapporti tra la Cedu e il nostro ordinamento A. Guazzarotti, *La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in Quad. cost. n. 3 del 2006, pag. 491 e ss.

[583] Sulla dottrina del margine d'apprezzamento si rinvia a F. Donati e P. Milazzo, *La dottrina del margine d'apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa,* cit.. Sul tema si permette di rinviare anche a P. Tanzarella, *Il margine di apprezzamento,* in *I diritti in azione,* cit., pp. 145-181.

Parlamento italiano si sono impegnati a rispondere puntualmente in ossequio a tale prassi.

A questo punto è opportuno individuare lo spartiacque tra una prima fase in cui i giudici italiani facevano riferimento alla sola Cedu e una seconda in cui essi cominciano a considerare i contenuti delle sentenze della Corte europea per uniformarsi a Strasburgo. È utile tuttavia fare un distinguo tra la giurisprudenza costituzionale e quella ordinaria dei giudici supremi e comuni, avendo la prima esplicitato un'apertura alle decisioni europee solo dall'ottobre scorso.

5.3.1 L'atteggiamento della Corte costituzionale

Nonostante alcuni lodevoli sviluppi, la Corte costituzionale non ha mai considerato la Cedu e la giurisprudenza europea quale parametro per dichiarare l'illegittimità costituzionale delle leggi interne fino alle sentenze dell'ottobre del 2007[584]. Unica eccezione è stata l'*obiter dictum* della sentenza n. 10 del 1993 di cui si è sopra riferito e che, in realtà, non ha trovato spazio nelle decisioni successive[585]. I giudici della Consulta non si sono mai misurati con la giurisprudenza europea, dapprima affermando che la Cedu ha valore di legge ordinaria[586], in seguito assumendo un atteggiamento definito autarchico in quanto consideravano la legislazione interna già di

[584] Sulla ricostruzione della giurisprudenza della Corte costituzionale nei rapporti tra Cedu e l'ordinamento italiano cfr. A. Pertici, *La Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, cit.., pp. 165-216; D. Tega, *Le carte dei diritti nella giurisprudenza e (oltre)*, in A. Pace (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista Giurisprudenza Costituzionale per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, pag. 953 ss.

[585] Secondo un orientamento comune della dottrina che ha cercato di spiegare il senso dell'*obiter dictum* espresso nella sentenza n. 10 del 1993, la Corte ha voluto in un certo senso operare una distinzione tra i trattati internazionali *tout court* e quelli inerenti i diritti umani, attribuendo a quest ultimi una capacità materiale, anche se non formale, di resistere alla forza delle leggi ordinarie successive alla loro ratifica. Sul punto si rinvia a D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano in I diritti in azione*, cit., pp.67-90.

[586] Si v. in tal senso la sentenza n. 188 del 1980 sull'esclusione nell'ordinamento italiano di norme atte a permettere l'autodifesa. I giudici *a quibus* invocavano direttamente come parametro l'art. 6 della Cedu ma la Corte costituzionale nel fondamentale passaggio della sua decisione riferiva che "la Corte condivide il prevalente orientamento della dottrina e della giurisprudenza per il quale, in mancanza di specifica previsione costituzionale, le norme pattizie, rese esecutive nell'ordinamento interno della Repubblica, hanno valore di legge ordinaria. Resta così esclusa la stessa prospettabilità, per questo aspetto, di una questione di legittimità costituzionale, tanto più quando le disposizioni convenzionali vengono poste, di per sé sole, quali parametri di giudizio".

per sé conforme allo standard minimo richiesto dalla Convenzione, senza il bisogno dunque di verificarne eventuali punti contrastanti[587].

In definitiva, fino alla svolta del 2007, la Corte italiana ha considerato i valori espressi nella Cedu come forma di arricchimento di quelli costituzionali "grazie a una sostanziale coincidenza dei cataloghi dei diritti i quali si completano reciprocamente nell'interpretazione"[588]. Anche quando essa ha mostrato una certa apertura nei confronti della giurisprudenza europea lo ha sempre fatto per integrare il significato dei parametri costituzionali[589]. Tale atteggiamento non sorprende più di tanto; la Corte italiana, infatti, ha sempre dimostrato una certa ritrosia nei confronti delle decisioni prese in Europa, atteggiamento emerso ancor prima verso la Corte di Giustizia delle Comunità europee con l'evidente rinuncia di proporre a quest'ultima dei rinvii pregiudiziali[590]. A fronte di una sentita necessità di dialogo tra le Corti per la costruzione di un ordine pubblico comune europeo, quella italiana ha preferito trincerarsi dietro concetti quali il riparto di competenza per l'Unione europea o la natura internazionale del trattato Cedu. Tuttavia si tratta di una posizione destinata ad assumere una connotazione diversa grazie alle nuove tendenze costituzionali.

---

[587] Così si esprime A. Colella, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, cit., 2007, pag. 21.

[588] V. la sentenza n. 388 del 1999 in cui al § 2.1 nello specifico la Corte afferma che "i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione: non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coessenziali alla dignità della persona, ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione". Per un commento alla sentenza si rimanda a L. Montanari, *Dalla Corte una conferma sul rango primario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo: ma forse con un'inedita apertura*, in Giur cost., 1999, pp. 3001-3011.

[589] Più di recente la Corte aveva cominciato a fare riferimento anche alla giurisprudenza di Strasburgo soprattutto per i casi di insindacabilità parlamentare su cui la Corte europea aveva avuto occasione di pronunciarsi (v. i casi Cordova c. Italia del 30 gennaio 2003 e Iorio c. Italia del 6 dicembre 2005). A ta riguardo cfr. la sentenza n. 120 (caso Caselli) e la n. 154 (caso Cossiga) del 2004.

[590] Soltanto nel febbraio di quest'anno la Corte costituzionale ha sospeso un giudizio per rinviarlo pregiudizialmente alla Corte di Giustizia delle Comintà europee in un caso di compatibilità di un'imposta sulle plusvalenze prevista dalla legge regionale sarda n. 4 del 2006 col trattato comunitario. In generale, la necessità di ricorrere al rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale è stata sostenuta con forza da M. Cartabia, *"Taking Dialogue Seriously" The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union*, Working paper n. 12 del 2007, Jean Monnet papers consultabile sul sito http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/071201.html; Id. *La Corte costituzionale italiana e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia europea*, in *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, cit., pp. 99-128.

5.3.2 (segue) I giudici comuni. Alcune considerazioni generali

Un diverso percorso lo hanno compiuto i giudici ordinari di merito e di legttimità, che hanno maggiormente risentito dei diktat imposti da Strasburgo. Ciononostante va segnalata la scarsa coerenza del loro approccio alla Cedu e alla relativa giurisprudenza. È infatti arduo ricostruire le tappe evolutive in senso diacronico della prassi italiana in tema di raccordo con la Cedu: le decisioni non solo si sono dimostrate discordanti tra la giurisdizione penale e quella civile, bensì sono apparse incoerenti persino all'interno di queste stesse giurisdizioni, alternando posizioni più aperte subito seguite da giudizi di chiusura[591]. Una maggior stabilità si riscontra più di recente parallelamente allo sviluppo della giurisprudenza europea che entra nel merito delle decisioni giudiziarie e, ancora di più, nelle scelte legislative interne valutate alla luce dei precetti convenzionali, imponendo al Parlamento delle modifiche. Ma le incongruità persistono sia per la scarsa conoscenza del sistema Cedu, sia per la manifesta reticenza espressa in alcuni casi. Un fattore ancora più influente è insito nello schema secondo cui la Corte europea si rapporta agli organi interni.

Nella maggior parte dei casi, i giudici di Strasburgo non operano una distinzione tra i destinatari nazionali obbligati a conformarsi a una propria decisione, chiamando invece a raccolta tutti gli operatori giuridici, dal legislatore, ai giudici, agli organi amministrativi. È facile che si creino così situazioni difformi in quanto, a fronte di un'inerzia legislativa, solo i giudici maggiormente sensibili o semplicemente conoscitori delle sentenze europee eseguiranno quanto suggerito da Strasburgo, mentre altri lasceranno inevase le richieste. In tal senso si pongono problemi di natura giuridica formale non facilmente aggirabili: innanzitutto la mancanza nel nostro ordinamento del principio del precedente, facendo sì che l'applicazione della Cedu non sia assicurata uniformemente sul territorio; inoltre i giudici ordinari non possono impedire l'applicazione di leggi italiane pienamente efficaci, pur ritenendole non conformi a Convenzione. In questa ipotesi è necessario ricorrere all'incidente di costituzionalità in

[591] Sulla ricostruzione della giurisprudenza ordinaria in relazione all'applicazione della Cedu si v. B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, cit.; A. Colella, *Verso un diritto comune delle libertà in Europa*, cit.

ossequio agli artt. 101, 117 e 134 Cost. perché fuori dall'applicazione del diritto comunitario[592].

Chi scrive ritiene perciò opportuno procedere secondo due schemi: il primo concerne il passaggio parlamentare per la modifica di leggi ritenute in contrasto con la Convenzione, il quale garantisce un serio dibattito del potere rappresentativo con la concreta presa di coscienza degli obblighi internazionali assunti. Il secondo si riferisce all'incidente di costituzionalità per verificare l'eventuale illegittimità di una norma primaria non conforme a Convenzione ma rispettosa dei nostri valori fondamentali, ipotesi oggi possibile grazie alle sentenze n. 348 e 349 del 2007. Affidare al giudizio autonomo di qualsiasi giudice ordinario la dichiarazione di 'inconvenzionalità' di una legge sortirebbe l'effetto perverso di un sindacato diffuso che mina il principio della certezza del diritto. Diverso sarebbe se si operasse in un contesto di *common law* o se vi fosse la possibilità di interfacciarsi con la Corte europea in una fase precedente attraverso il rinvio pregiudiziale così come accade in ambito comunitario[593].

Il pericolo del sindacato diffuso si è profilato non solo per l'applicazione diretta dei precetti Cedu, ma anche per l'esecuzione delle sentenze europee in cui la Corte di Strasburgo entrava nel merito della qualità delle leggi o della loro applicazione. Seppur non in modo uniforme nel territorio, la sempre maggiore tendenza dei giudici comuni e supremi ad accogliere gli orientamenti espressi dalla Corte europea ha fatto sì che anche la Corte costituzionale affrontasse la situazione, riparando ad una situazione probabilmente destinata a divenire intricata e incerta.

5.3.3 (segue) I casi giurisprudenziali più significativi

Al fine di dimostrare come la giurisprudenza ordinaria italiana si sia sempre più adeguata alle pronunce europee man mano che queste suggerivano i rimedi da adottare, è utile a questo punto passare in rassegna alcuni casi.

[592] Così B. Randazzo, *Le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo: effetti ed esecuzione nell'ordinamento italiano*, cit., pag. 322.
[593] Dello stesso avviso A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la Cedu alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in Quad. cost. n. 1/2003, pp. 25-51.

Una prima decisione di Strasburgo che non lasciava tanto margine di scelta ai giudici italiani risale al 2000. Il caso in questione è *Scozzari e Giunta c. Italia*[594], ormai divenuto famoso in quanto considerato un *leading case* in relazione alla disciplina europea dei rimedi. Si tratta infatti di una delle prime decisioni in cui la Corte europea impone allo Stato di adottare, sotto il controllo del Consiglio dei ministri, le misure generali o individuali per riparare alla violazione commessa in conformità con le conclusioni contenute nella sentenza, non considerando sufficiente il pagamento di un risarcimento pecuniario[595]. Se è vero che la Corte non ha qui indicato il rimedio più congruo, è altrettanto vero che tale pronuncia precorre l'atteggiamento futuro di Strasburgo fissando un principio giuridico mai finora espresso, ovvero l'obbligo di tentare prioritariamente la strada della *restitutio in integrum* o della riparazione generale, relegando il pagamento dei danni ad una posizione secondaria.

Nel caso di specie, Strasburgo condannava l'Italia per la violazione dell'art. 8 della Cedu (rispetto della vita privata e familiare) a causa sia del ritardo e della scarsità degli incontri disposti dal Tribunale dei minori di Firenze tra madre e figli a seguito di una sospensione parentale, sia per aver scelto una comunità per l'affidamento in cui prestavano servizio soggetti condannati per abusi sessuali sui minori. Nella sentenza tuttavia non si indicano di preciso i rimedi da adottare delegando tale compito al Comitato dei ministri. In particolare la Corte afferma che:

> "*by Article 46 of the Convention the High Contracting Parties undertook to abide by the final judgments of the Court in any case to which they were parties, execution being supervised by the Committee of Ministers. It follows, inter alia, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects […]. Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under*

[594] Scozzari and Giunta c. Italia del 13 luglio 2007.
[595] *Ibidem*, § 249.

Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment"[596].

Dal canto suo, il Comitato dei ministri con due risoluzioni interlocutorie suggeriva di disporre l'incremento delle visite della madre ai figli e di allontanare i bambini dalla comunità[597]. In tutta risposta a tali posizioni, appena un anno dopo il Tribunale fiorentino concedeva l'aumento degli incontri, mentre la Corte di Appello fissava al 30 giugno 2003 il termine ultimo per mandar via i bambini dalla collegio.

Questo primo esempio di esecuzione di una sentenza europea in ottemperanza all'obbligo della *restitutio in integrum* ha aperto la strada ad altri casi che però non hanno avuto un seguito lineare come la sentenza Scozzari e Giunta. In altre circostanze, infatti, l'adeguamento alle pronunce europee ha risentito di un lungo periodo di gestazione prima dell'attestarsi della vincolatività delle decisioni di Strasburgo. Si possono qui individuare due interessanti filoni giurisprudenziali, quello delle appropriazioni acquisitive e quello dei criteri del giusto processo.

Il regime delle appropriazioni acquisitive

La vicenda dell'accessione invertita ha trovato finalmente il suo epilogo con le decisioni della Corte costituzionale n. 348 e 349 del 2007 dopo poco più di un decennio598 di 'trattative' tra la Corte europea, il legislatore e i giudici italiani. Queste negoziazioni si sono sostanzialmente concluse con l'accoglimento della posizione di Strasburgo. Gli elementi discordanti tra la legislazione e la prassi amministrativa italiana da un lato e l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 1 del Prot. 1 della Cedu (diritto di proprietà) dall'altro, riguardavano sia la procedura con cui veniva attivata l'espropriazione per pubblica utilità, sia l'ammontare dell'indennizzo a favore del proprietario. Sul primo punto la Corte europea considerava di dubbia convenzionalità la pratica delle accessioni invertite secondo cui l'amministrazione pubblica autorizzava l'occupazione di un terreno ancor prima di aver notificato l'esproprio e di aver fissato l'importo dell'indennità dovuta. In definitiva, la Corte contestava la mancanza di una

[596] Caso Scozzari e Giunta c. Italia, cit., § 249.
[597] V. ResDH(2001)65 del 29 maggio 2001 e ResDH(2001)151del 3 ottobre 2001.
[598] Il primo caso di condanna italiana per le accessioni invertite è Zubani c. Italia del 7 agosto 1996.

base legale certa che garantisse una sufficiente prevedibilità degli esiti, poiché il proprietario veniva privato del terreno a partire da una data imprecisata e coincidente con l'"irreversibile trasformazione" del fondo privato. Una data che poteva corrispondere con l'occupazione *sine titulo* da parte dell'autorità, la quale entrava in possesso di fatto del terreno dal primo giorno, o successivamente al compimento della realizzazione dell'opera pubblica.

Se da un lato l'ordinamento italiano prevede tre figure di espropriazione, quella regolare, quella acquisitiva e quella usurpativa, dall'altro lato la Corte europea non opera alcuna distinzione tra le ultime due, considerando anche quella invertita un'occupazione priva di legittimità in quanto

> "e*nables the authorities to benefit from an unlawful situation in which the landowner is presented with a fait accompli*"[599].

A peggiorare la situazione italiana contribuivano anche le modalità di richiesta dell'indennizzo e il relativo importo. La compensazione non veniva accordata automaticamente ma a seguito della richiesta del risarcimento dei danni con decorrenza cinque anni a partire dal momento non concretamente accertabile in cui il terreno subiva l'irreversibile trasformazione. Conseguentemente, il privato rischiava di vedersi persino negare dai giudici il ristoro per scadenza dei termini, così come è avvenuto ai ricorrenti Carbonara e Ventura che, solo grazie alla condanna di Strasburgo, sono stati risarciti. Con riguardo alla determinazione della compensazione, le divergenze tra il sistema europeo e quello italiano affiorano innanzitutto rispetto alla tipologia del rimedio da assicurare. Per la Corte europea è ormai un principio incontrovertibile cercare di dare la precedenza alla *restituito in integrum* - in questo caso riconsegnare il terreno sottratto - o, qualora ciò non fosse possibile ad esempio a causa della costruzione di un edificio pubblico, procedere al risarcimento pecuniario pari al valore di mercato del bene sottratto aggiungendovi anche quello dei soprassuoli realizzati.

La legge italiana stabiliva invece due diversi regimi distinguendo tra la fase anteriore e quella successiva alla modifica legislativa sul tema, occorsa con la legge n. 662 del 1996, art. 3, comma 65, sulle "misure di razionalizzazione della finanza

[599] Carbonara e Ventura c. Italia del 30 maggio 2000, §66.

pubblica"[600]. Il quadro normativo che ne derivava si può così riassumere: successivamente alla legge del 1996 i proprietari hanno diritto al risarcimento totale del valore di mercato del bene, coprendo anche il danno subito per l'occupazione acquisitiva; di contro, i proprietari dei terreni espropriati antecedentemente al 30 settembre del 1996 hanno diritto ad un'indennità pari a quella prevista per le espropriazioni regolari, ovvero la semisomma del valore venale del bene e della rendita dominicale degli ultimi dieci anni, rivalutata, dalla quale viene decurtato il 40% del valore e sulla quale si applica un'imposta del 20% – con esclusione della riduzione del 40%, aumentando l'importo del 10%. Secondo un calcolo approssimativo, il risarcimento ammonterebbe a circa il 50%, cifra di gran lunga inferiore al valore di mercato. Ancora più anomala risulta la parte finale della disposizione in oggetto che prevede l'applicazione della suddetta legge anche ai procedimenti in corso, salvando quindi gli effetti della vecchia disciplina e contravvenendo così al principio dell'irretroattività delle leggi.

Tale disposizione ha superato il vaglio della nostra Corte costituzionale ricevendo invece una clamorosa bocciatura da Strasburgo. Per il giudice delle leggi italiano una previsione così formulata risultava non contrastante coi principi della carta costituzionale per due motivi: conformemente all'art. 42, nei casi di occupazione acquisitiva, non vi è alcun obbligo al risarcimento integrale del valore del bene in quanto lo spossessamento avviene per motivi d'interesse generale; in secondo luogo, la riduzione del risarcimento si applica a un limitato periodo di tempo e per urgenze economiche e finanziarie tali per cui ne è giustificata la severità[601].

Per la Corte europea invece il meccanismo italiano aveva il difetto di accrescere il vantaggio dell'ente espropriante in quale non solo poneva in essere un

[600]Prima del 1996 la disciplina delle accessioni invertite era regolata dall'art. 5 bis, d.l. n. 333 del 1992, convertito in legge n. 359 del 1992, come poi sostituito dall'art. 1, comma 65, legge n. 549 del 1995 volta a decurtare retroattivamente l'indennizzo delle espropriazioni cd. "indirette" (illegittime ma finalizzate comunque a realizzare un'opera di pubblica utilità). Il criterio di calcolo dell'indennizzo dell'immobile oggetto di occupazione cd. "acquisitiva" era stato introdotto dal legislatore per modificare la regola della riparazione integrale del pregiudizio subito. Tale criterio legislativo veniva dichiarato incostituzionale con sentenza n. 369 del 1996, proprio sotto il profilo dell'ingiustificata decurtazione dell'indennizzo, poiché, in sostanza, equiparava espropriazioni legittime a illegittime quanto a entità del ristoro economico dell'espropriato. Di qui il successivo intervento legislativo, art. 3, comma 65, legge n. 662 del 1996 che salva l'applicazione dell'art. 5 bis per i giudizi in corso e che aumenta comunque di poco l'ammontare dell'indennizzo non raggiungendo mai il valore di mercato del bene espropriato.

[601] Cfr. sentenza n. 148 del 1999.

comportamento illegittimo ma, in aggiunta, si trovava a corrispondere una cifra di gran lunga inferiore al prezzo dovuto. Secondo Strasburgo questo stato di cose portava a non favorire la realizzazione del principio della buona amministrazione ma, al contrario, avrebbe esortato l'autorità pubblica ad accentuare episodi di illegalità piuttosto che prevenirli.

Un ruolo fondamentale che ha condotto all'inamovibile presa di posizione europea lo ha giocato anche l'applicazione retroattiva della legge del '96 ai giudizi in corso[602]. Per la Corte, ciò conduceva alla violazione del principio di legalità e del diritto a un processo equo, poiché permetteva al Parlamento di introdurre nuove disposizioni volte a influire sull'esito di un giudizio pendente in cui l'ente statale è parte. Nello specifico, la Corte europea ha affermato che:

> "*while in principle the legislature is not precluded in civil matters from enacting new retrospective provisions to regulate rights arising under existing laws, the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature – other than on compelling grounds of the general interest – with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute*"[603].

I giudici italiani non sono rimasti inerti dinnanzi alle sollecitazioni di Strasburgo ma, allo stesso tempo, non sono stati capaci di trovare, almeno in una prima fase, una risposta univoca oscillando tra l'accoglimento integrale delle posizioni europee da parte di alcuni giudici comuni[604] e l'emanazione di principi della Cassazione civile italiana che, se talvolta ha rivelato una certa comunanza coi precetti Cedu, talaltra se ne è distanziata alla luce dell'applicazione della legge al caso concreto. In particolare, la Cassazione non ha negato di essere vincolata alla giurisprudenza di Strasburgo,

---

[602] Il filone Carbonara e Ventura è stato seguito da numerose altre sentenze dello stesso tenore, tra le più importanti si ricordano in questa sede Belvedere Alberghiera del 30 maggio 2000; Scozzari e altri del 15 dicembre 2005; Serpilli del 6 dicembre 2005; Binotti n. 2 del 13 ottobre 2005; Istituto diocesano per il sostentamento del clero del 17 novembre 2005.

[603] Caso Scordino c. Italia (n. 1) del 29 luglio 2004, §78.

[604] Il tribunale di Bari nel caso Stea c. Comune di Modugno dell'1 agosto 1999 aveva ad esempio assicurato l'indennizzo integrale del bene sottratto adeguandosi perfettamente alla giurisprudenza europea disapplicando quindi la disciplina italiana. Tale sentenza tuttavia è stata ribaltata dalla pronuncia delle S.U. della Cassazione civile del 14 aprile 2003 secondo cui, seppur ribadendo che "il dictum della Corte di Strasburgo ha valore vincolante in quanto rappresenta un precedente autorevole e un rilevante supporto interpretativo", esse hanno asserito la compatibilità dell'istituto dell'accessione invertita con l'art. 1 del protocollo e la giurisprudenza europea ad esso relativa, perché l'espropriazione indiretta si colloca in un contesto di regole "sufficientemente accessibili, precise e prevedibili".

affermandone la prevalenza in caso di corrispondenza tra le fattispecie concrete in giudizio; un obbligo questo che tuttavia viene meno qualora il caso di specie si differenzi da quelli esaminati dalla Corte europea[605]. In tal modo il giudice di legittimità ha potuto per lungo tempo discostarsi da quanto stabilito in sede europea salvando la disciplina italiana.

La Corte europea però non si è arresa e, dopo essere tornata sull'argomento nel 2005 col caso Binotti[606], valutando nel merito la riforma italiana occorsa col T.U. sulle espropriazioni del 2001[607], ha chiuso la questione col caso Scordino n. 3[608], che ben può rientrare nel filone delle sentenze pilota nonostante non venga così definito dalla Corte. Essa, per la prima volta, condanna infatti l'Italia applicando direttamente l'art. 46 per una disfunzione strutturale nel settore degli espropri per pubblica utilità. Come accaduto per le sentenze *Broniowski e Hutten Czapska c. Polonia*[609], la Corte europea indica in concreto alle autorità italiane il modo in cui risolvere il problema, preoccupata dei numerosi ricorsi pendenti e di quelli di sicuro proponimento che avrebbero rallentato ancora di più i suoi lavori[610]. Più nel dettaglio Strasburgo:

---

[605] V. Cass. S.U. nn. 5902 e 6853, *ibidem.*

[606] Caso Binotti c. Italia, cit.

[607] D.P.R. n. 327 dell'8 giugno del 2001. Il T.U. prevede che "in assenza di dichiarazione di pubblica utilità, qualsiasi terreno può essere acquisito al patrimonio pubblico se il giudice decide di non ordinare la restituzione del terreno occupato e trasformato dall'amministrazione". La Corte europea quindi ben comprende che tale disposizione non rende l'istituto delle accessioni immune dal rischio di un risultato imprevedibile o arbitrario per gli interessati. Dettagli critici sul contenuto del testo unico in difformità con quanto stabilito a Strasburgo sono ben evidenziati in A. Guazzarotti, *Gli effetti della CEDU e la teoria dei <<mondi paralleli>>*, in Quad. cost., n. 1/2006, pp. 155-160.

[608] Caso Scordino c. Italia n. 3 del 6 marzo 2007. Sull'ammontare dell'indennizzo si rimanda invece alla lettura del caso Stornaiulo c. Italia dell'8 agosto 2006, in cui la Corte intima il nostro ordinamento ad adottare misure nazionali di carattere generale, applicabili anche alle numerose altre persone interessate, finalizzate ad ottenere un risarcimento ragionevolmente rapportato al valore del bene espropriato (§74-75 della sentenza).

[609] V. *supra* cap. 3, §3.2.5.

[610] Caso Scordino c. Italia, cit., §17, in cui nello specifico la Corte afferma: "La violation que la Cour a constatée en l'espèce découle d'une situation concernant un grand nombre de personnes, à savoir la catégorie des particuliers concernés par l'occupation sans titre de terrain, et qui sont susceptibles de perdre leur bien par voie d'une décision judiciaire entérinant le comportement illégal des autorités en vertu de l'expropriation indirecte. La Cour est déjà saisie de dizaines de requêtes de ce type. Le 30 mai 2000, la Cour s'est prononcée pour la première fois sur l'expropriation indirecte. En 2003, elle a précisé les critères s'appliquant à la satisfaction équitable dans le cas d'expropriation indirecte. Depuis, la Cour a rendu de nombreux arrêts constatant la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 en raison d'une privation de biens au titre de l'expropriation indirecte. C'est là non seulement un facteur aggravant quant à la responsabilité de l'Etat au regard de la Convention à raison d'une situation passée ou actuelle, mais également une menace pour l'effectivité à l'avenir du dispositif mis en place par la Convention".

estime que l'Etat devrait, avant tout, prendre des mesures visant à prévenir toute occupation hors norme de terrains, qu'il s'agisse d'occupation sans titre depuis le début ou d'occupation initialement autorisée et devenue sans titre par la suite. Dans cette optique, il serait concevable de n'autoriser l'occupation d'un terrain que lorsqu'il est établi que le projet et les décisions d'expropriation ont été adoptés dans le respect des règles fixées et qu'ils sont assortis d'une ligne budgétaire apte à garantir une indemnisation rapide et adéquate de l'intéressé. En outre, l'Etat défendeur devrait décourager les pratiques non conformes aux règles des expropriations en bonne et due forme, en adoptant des dispositions dissuasives et en recherchant les responsabilités des auteurs de telles pratiques. Dans tous les cas où un terrain a déjà fait l'objet d'occupation sans titre et a été transformé en l'absence de décret d'expropriation, la Cour estime que l'Etat défendeur devrait supprimer les obstacles juridiques empêchant systématiquement et par principe la restitution du terrain. Lorsque la restitution d'un terrain s'avère impossible pour des raisons plausibles in concreto, l'Etat défendeur devrait assurer le paiement d'une somme correspondant à la valeur qu'aurait la restitution en nature. En outre, l'Etat devrait prendre des mesures budgétaires adéquates pour allouer, s'il y a lieu, des dommages-intérêts pour les pertes subies et qui ne seraient pas couvertes par la restitution en nature ou le paiement qui en prend la place"[611].

Così facendo, la Corte europea, mossa dall'intento di evitare ripetute pronunce dello stesso tipo, è entrata nel merito della legislazione italiana suggerendo nello specifico le misure da adottare lasciando poco margine di scelta. L'ennesimo esempio che dimostra come Strasburgo si allontani sempre più dalla posizione di un mero giudice internazionale sindacando la qualità delle leggi interne e risolvendo in un unico giudizio casi simili. Tralasciando inevitabilmente il punto di vista del caso di specie, la Corte inizia a perdere la connotazione del giudice del caso concreto, avvicinandosi a quello di legittimità con i rischi che ciò comporta sia in termini di raccordo tra ordinamenti nazionali e quello europeo, sia per la stessa legittimazione della Corte europea[612].

Quale percorso doveva intraprendere l'ordinamento italiano? Una volta falliti i tentativi dei giudici supremi di 'salvare' la legislazione e la relativa giurisprudenza in tema di accessione invertita, rivendicando un potere autonomo fondato sui principi della nostra carta costituzionale, esso ha dovuto adeguarsi coinvolgendo perfino la Corte

[611] *Ibidem*, §16.
[612] V. *supra* cap. 4.

costituzionale, che non solo ha ricostruito la materia degli espropri dichiarando l'illegittimità dell'art. 5 *bis*, ma che ha anche chiarito il valore della Cedu e soprattutto della sua giurisprudenza nel nostro sistema[613].

I criteri del giusto processo

Il secondo filone che ha visto realizzare gradualmente l'adeguamento della giurisprudenza ordinaria a quella europea riguarda il giusto processo. A tal proposito sono significativi due casi, Somogyi e Dorigo.

In riferimento al caso Somogyi, la prima sezione della Cassazione penale con un'inattesa decisione ha risolto, nell'ottobre 2006, in maniera definitiva un'annosa vicenda che da troppo tempo era sotto i riflettori europei[614]. La Corte di Strasburgo aveva condannato l'Italia per violazione dell'art. 6 (diritto ad un processo equo) della Cedu, decisione a cui tuttavia non era ancora stata data esecuzione[615]. La sentenza italiana centra due obiettivi importanti: da un lato quello di offrire un rimedio individuale effettivo alla vittima, dall'altro quello di affermare in modo incontrovertibile il carattere vincolate delle pronunce della Corte europea che, per questo, rendono possibile la riapertura di casi già passati in giudicato. Una decisione che non solo apre la strada a una maggiore collaborazione tra i giudici comuni italiani e gli organi del Consiglio europeo, ma che ha avuto risvolti concreti sul tema dell'effettività delle sentenze di Strasburgo, inducendo la Corte costituzionale ad esporsi sul tema.

La vicenda processuale vedeva come protagonista il signor Somogyi, un cittadino ungherese condannato in Italia in contumacia nel 2002 in tutti i tre gradi di giudizio. Egli lamentava di non aver avuto notizia della celebrazione del procedimento a suo carico, perciò aveva dapprima cercato di ottenere la restituzione in termini e in seguito richiesto, con un'impugnazione tardiva, la nullità dell'atto di notifica del processo. La questione è stata quindi portata dinnanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo per non aver potuto esercitare il diritto di difesa come invece stabilito dall'art. 6 Cedu. I giudici europei hanno condannato l'Italia stabilendo che le autorità giurisdizionali non avrebbero accertato in maniera inequivocabile "che l'imputato aveva

[613] V. *infra* § 5.5 sul commento alle decisioni n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale.
[614] Cass. Penale, sentenza n. 32678/06.
[615] Caso Somogyi c. Italia del 18 maggio 2004.

rinunciato al suo diritto a comparire e a difendersi"[616], requisito che secondo la Corte non risultava soddisfatto, data la mancanza di indagini necessarie per stabilire la paternità della firma apposta sulla cartolina di ricevimento, tra le quali, ad esempio, una perizia grafologica[617].

In riferimento all'indicazione dei rimedi, Strasburgo ribadiva la sua posizione sulla precedenza alla *restitutio in integrum*, come forma più opportuna suggerendo che:

> "*in the event of a violation of Article 6 § 1 of the Convention the applicant should, in so far as possible, be put in the position that he would have been in had the requirements of that provision not been disregarded. The Court considers that, where it finds that an applicant has been convicted despite a potential infringement of his right to participate in his trial, the most appropriate form of redress would, in principle, be trial de novo or the reopening of the proceedings, in due course and in accordance with the requirements of Article 6 of the Convention*"[618]

In relazione a quanto stabilito da Strasburgo e sulla base dell'art. 46 Cedu (forza vincolante ed esecuzione delle sentenze), per Somogyi si apriva la reale possibilità di ottenere una *restitutio in integrum*. A seguito di questa decisione e di quella *Sejdovic c. Italia* il Governo ha approvato il decreto legge n.17/05 convertito con modificazioni dalla legge n. 60/05[619], in modo da sopperire, con una misura di carattere generale, a una carenza strutturale del nostro ordinamento in tema di processi in contumacia. Nello specifico, con tale decreto si riconosce ai condannati *in absentia* l'incondizionata restituzione in termini. Tuttavia, in sede di appello anche questa possibilità è stata negata a Somogyi in quanto il processo era ormai passato in giudicato; l'unica riparazione possibile, secondo i giudici interni, poteva essere la compensazione monetaria accordata da Strasburgo per il risarcimento delle spese processuali. Da qui la decisione senza precedenti della Cassazione, la quale riconosce l'efficacia diretta delle pronunce europee disapplicando un principio fondamentale del nostro ordinamento, ovvero l'intangibilità del giudicato.

---

[616] *Ibidem*, §66.
[617] *Ibidem*, §71.
[618] *Ibidem*, §86.
[619] Legge n. 60 del 2005 "recante disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna".

La Suprema Corte è giunta a tale conclusione argomentando su più livelli che è bene lasciare distinti. Il primo fa riferimento alla ricostruzione della giurisprudenza italiana in tema di rapporti tra la Convenzione e il nostro ordinamento. Nella decisione vengono citati soltanto gli orientamenti più estremi della stessa Cassazione, come i casi *Medrano* e *Polo Castro*, e l'*obiter dictum* della sentenza n. 10 del 1993 della Corte costituzionale, come detto, in seguito mai più richiamato e con cui si classificava la Cedu come fonte 'atipica'.

Sebbene così si affermi in modo indiscusso la precettività delle disposizioni convenzionali, salvo quelle "dal contenuto così generico da non delineare specie sufficientemente puntualizzate"[620], non sembrano chiari i motivi che hanno condotto la Corte a legittimare la riapertura di processi già consumati a seguito di una condanna europea. La comprensione del caso è parziale se si considera solo il raggio di azione delle autorità italiane; se ci si sposta sul piano europeo la prospettiva cambia radicalmente, tant'è vero che risultano più giustificabili le argomentazioni ulteriori che la Cassazione apporta circa il riferimento all'applicazione diretta dell'art. 46 e di conseguenza delle pronunce di Strasburgo. Secondo quanto ha affermato la Suprema Corte, la riforma del Protocollo n. 11 della Convenzione, relativa alla piena giurisdizione dei diritti a livello sovranazionale, ha comportato "una certa limitazione di sovranità riconducibile a un obbligo giuridico di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo"[621]. In aggiunta a ciò, la Corte supporta la sua tesi considerando la ratifica italiana del Protocollo 14 con la legge n. 280/2005, provvedimento che esprime "la volontà del legislatore italiano ad accettare incondizionatamente la forza vincolante delle sentenze di Strasburgo" [622].

A questo punto sono necessarie alcune riflessioni. Le argomentazioni sulla base della ratifica del Protocollo 11 e del Protocollo 14 non sembrano sufficienti per giustificare la revoca del principio dell'intangibilità del giudicato. Se è vero che l'entrata in vigore del Protocollo 11 ha contribuito in modo decisivo alla valorizzazione della Corte europea come organo giurisdizionale imputato alla tutela effettiva dei diritti individuali, è altrettanto vero che gli stessi giudici europei non hanno utilizzato tale

[620] Cassazione SU, 15/1998.
[621] Cfr. § 9 della decisione della Cassazione.
[622] *Ibidem* § 5.

strumento per imporre agli Stati le forme di riparazione più opportune. Semmai tale riforma va considerata non come fonte di legittimazione della diretta esecuzione delle sentenze europee bensì come causa del mutamento giurisprudenziale della Corte europea in tema di rimedi. Non vi è stata infatti una contestuale applicazione degli articoli 41 e 46 della Cedu all'entrata in vigore del Protocollo; al contrario, la Corte in un primo tempo continuava a ribadire la totale libertà di scelta dei paesi membri sui modi e i mezzi per adeguarsi alle decisioni sovranazionali, in linea con il principio di sussidiarietà che contraddistingue la Convenzione. Solo successivamente, per l'aumento delle istanze e per la tipologia delle lesioni, oggi più gravi e strutturali dei diritti fondamentali, si è fatta strada una giurisprudenza europea in cui la Corte non si limita a emanare sentenze meramente declaratorie o ad accordare 'un'equa soddisfazione' ma si spinge ad indicare il rimedio più idoneo per realizzare, allo stesso tempo, la *restitutio in integrum* e un correttivo strutturale per evitare future violazioni[623].

Su questa scia sembra collocarsi altresì il caso Somogyi, in cui i giudici europei hanno suggerito esplicitamente all'Italia che la riapertura del processo costituiva l'unica valida alternativa per rimediare alla violazione dell'art. 6[624], nonostante nel nostro ordinamento non siano presenti disposizioni esplicite che prevedono la messa in discussione dell'intangibilità del giudicato per violazione della Cedu[625].

Con riferimento al Protocollo 14, tra le modifiche apportate al testo della Convenzione, la Cassazione richiama la riforma dell'art. 46 Cedu che permetterà al Comitato dei Ministri sia di richiedere alla Corte una sentenza d'interpretazione nei casi esso sia ostacolato, per un dubbio interpretativo, a svolgere il suo ruolo, sia di deferirle il caso qualora lo Stato condannato si rifiuti di conformarsi alla sentenza definitiva deliberata a Strasburgo[626]. Siamo di fronte a una disposizione che certamente sconvolgerà gli equilibri raggiunti tra Stati e Corte europea, lasciando ai primi pochi margini di scelta in tema di rimedi. È necessario però sottolineare che il nuovo

[623] Nel corso del cap. 3 si è cercato di ricostruire questo mutamento giurisprudenziale evidenziando i casi più indicativi del nuovo atteggiamento della Corte europea. Si ricordano in questa sede i casi *Assanidze c. Georgia, Ilasçu e altri c. Moldova e Russia*, sulle gravi lesioni individuali (detenzione illegittima) e il *Broniowski c. Polonia* sulle violazioni strutturali inerenti la regolamentazione della proprietà privata.
[624] V. § 6 della decisione della Cassazione penale.
[625] *Ibidem*, §86.
[626] Il contenuto del nuovo articolo 46 della Cedu previsto nel Protocollo 14 è stato oggetto di trattazione specifica nel corso del cap. 2.

Protocollo non è ancora entrato in vigore[627] e, quindi, seppur in base all'art. 18 della Convenzione di Vienna "uno Stato deve astenersi da atti che priverebbero il trattato del suo oggetto e del suo scopo *prima della sua entrata in vigore*"[628], ad oggi il Protocollo non pone obblighi giuridici positivi. Di conseguenza, il riferimento normativo invocato non può rappresentare un valido supporto a una così importante motivazione ma cela, secondo chi scrive, la volontà di trovare una risposta sostanziale al problema della riapertura dei processi che il legislatore tarda a fornire.

In un contesto in cui la Corte europea pressa con insistenza gli Stati indicando nelle proprie sentenze i rimedi più opportuni, i giudici interni si sentono vincolati a dare una risposta concreta. A tal proposito, è bene ribadire che la formulazione dell'art.46 di per sé non è sufficiente per imporre agli ordinamenti le modalità di riparazione; tuttavia, se nella decisione sono stati fissati degli standard precisi la discrezionalità statale viene meno, dovendo il paese condannato eseguire la sentenza europea secondo quanto stabilito da Strasburgo. In effetti ciò è quanto accaduto con il caso Somogyi, dove la Corte aveva specificato che il rifacimento del processo rappresentava la via più consona. È forse su questo tipo di argomentazione che la Cassazione avrebbe dovuto fondare la propria decisione in modo da ancorare più saldamente i vincoli presi dall'Italia con l'adesione alla Cedu.

Vero è che sono risultate determinanti anche le pressioni di carattere politico esercitate non solo dal Comitato dei Ministri – ad esempio con l'approvazione della Raccomandazione n. R(2000)2 sul riesame e la riapertura dei processi e con le diverse risoluzioni *ad interim* in cui si accerta il non adeguamento dell'Italia alle specifiche sentenze che la riguardano – ma anche dalle relazioni dei diversi *rapporteurs* che ci indicano come fanalino di coda in tema di conformità alle sentenze insieme alla Turchia e alla Russia. Probabilmente vi è di più: è in corso ormai un processo di internalizzazione del sistema europeo messo in atto, più che dai giuristi e dai politici, dagli attori della vita quotidiana, comuni cittadini che sembrano riporre grande fiducia nella Corte europea per la tutela dei propri diritti, vista anche l'impossibilità di proporre ricorsi individuali alla nostra Corte costituzionale. Non ascoltare la loro voce

[627] Al momento in cui si scrive manca ancora la ratifica della Russia necessaria per l'entrata in vigore del Protocollo che necessita della ratifica unanime da parte di tutti i paesi aderenti al Consiglio d'Europa.
[628] Corsivo nostro.

condurrebbe al serio rischio di provocare un corto circuito tra essi e le istituzioni, un pericolo che la Cassazione sembra aver avvertito.

Consapevole forse del reale cambiamento che la giurisprudenza europea è in grado di determinare riguardo agli equilibri tra sistema nazionale e sovranazionale, la giurisprudenza ordinaria italiana appare orientata all'apertura e all'implementazione della Cedu al fine di prevenire condanne inevitabili sulla base del consolidamento delle decisioni prese dalla Corte europea.

Oltre al caso Somogyi, infatti, l'applicazione diretta della Convenzione è stata rivendicata nel caso Dorigo[629] ancora pendente alla Corte costituzionale a seguito di un ricorso pervenuto per far luce sulla possibilità di applicare direttamente la Cedu prevedendo un nuovo processo nonostante la sentenza italiana sia passata in giudicato. Nel caso in questione tuttavia non è stata la Corte ad insistere su tale forma di rimedio ma il Comitato dei ministri, in quanto la controversia era stata risolta da quest'ultimo sulla base del vecchio regime convenzionale che non prevedeva il ricorso diretto alla Corte[630].

Il Comitato è tornato più volte sulla decisione con l'approvazione di svariate risoluzioni interlocutorie, le quali mettevano in evidenza la necessità di riaprire il processo in modo da assicurare un rimedio concreto al signor Dorigo[631]. Solo nel 2007 esso ha chiuso il caso con una risoluzione finale in base a tre considerazioni: innanzitutto ha verificato il pagamento dell'equa soddisfazione; in secondo luogo ha constatato l'adozione di misure generali grazie alla riforma costituzionale del 1999 che ha modificato il modo di assunzione delle prove; da ultimo, sebbene non pienamente soddisfatto delle misure individuali accertate, ha ritenuto tuttavia sufficienti da un lato le azioni del procuratore di Udine che ha sollevato ricorso alla Corte di Assise e alla

[629] Il caso Dorigo nasce da una sentenza di condanna della Corte di Assise di Udine, divenuta irrevocabile nel 1996. La Commissione europea, cui la difesa di Dorigo si era successivamente rivolta, con una risoluzione del 9 settembre 1998 ha stabilito la non equità di tale giudizio, posto che la condanna si è basata sulle dichiarazioni, rese in fase di indagini preliminari, da tre coimputati non esaminati in contraddittorio. In dibattimento, gli stessi si sono infatti avvalsi della facoltà di non rispondere. Sulla scorta di tale pronuncia europea, la stessa difesa di Dorigo promuoveva istanza di revisione del processo dinanzi al giudice italiano, che, a sua volta, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, lett. a), c.p.p. nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, la circostanza che i fatti stabiliti a fondamento di una sentenza o decreto di condanna non si concilino con la sentenza definitiva della Corte di Strasburgo che abbia accertato l'assenza di equità del processo per violazione dell'art. 6 della Cedu.

[630] V. *supra* cap. 2, § 2.2.1

[631] V. DH(99)258 del 15 aprile del 1999; DH(2002)30 del 19 febbraio del 2002; ResDH(2004)13 del 10 febbraio del 2004; ResDH(2005)85 del 12 ottobre del 2005.

Corte di Cassazione, rivendicando il rilascio della vittima sulla base della violazione della Cedu, dall'altro lato la decisione proprio della Cassazione di ritenere la detenzione di Dorigo illegittima predisponendone il rilascio e facendo ricorso alla Corte costituzionale per ottenere un'additiva di principio che aggiunga un'ulteriore ipotesi a quelle elencate nell'art. 630 c.p.p. per la revisione dei processi[632].

Oggi il problema della riapertura dei processi potrebbe essere concretamente risolto grazie alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 ma di certo non sulla base delle argomentazioni proposte dai giudici *a quibus* del caso Dorigo, i quali affermano che il procedimento di revisione del processo potrebbe ammettersi anche nei casi di condanna di Strasburgo proprio sulla base dell'art. 46, senza che sia indispensabile perciò una modificazione legislativa italiana dell'attuale assetto normativo. La disposizione convenzionale troverebbe pertanto, secondo il giudice di rinvio, un adattamento automatico al nostro ordinamento[633].

Alla luce di quanto affermato circa la natura precettiva dell'art. 46 l'errore giuridico di fondo dei giudici *a quibus* appare evidente. Tale disposizione, presa singolarmente, non detiene la forza necessaria per provocare la diretta applicabilità della Cedu a meno che nella sentenza europea non si specifichi il rimedio. I giudici di rinvio invece si sono limitati ad invocare il valore vincolante dell'art. 46, tralasciando del tutto il contenuto di quelle sentenze o delle raccomandazioni del Comitato dei ministri[634] che si addentrano nella tipologia dei rimedi da adottare. Pur di non incorrere in una seria

[632] V. Final Resolution CM/ResDH(2007)83 del 20 giugno del 2007.

[633] L'art. 630 c.p.p. non prevede infatti nell'ipotesi di revisione dei processi la possibilità di riaprirli per una condanna subita dalla Corte europea a causa di una violazione dell'art. 6 della Cedu. In particolare l'art. in questione del codice di procedura penale prevede: "La revisione può essere richiesta: a) se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale; b) se la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato a carico del condannato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia deciso una delle questioni pregiudiziali previste dall'art. 3 ovvero una delle questioni previste dall'art. 479; c) se dopo la condanna sono sopravvenute o si scoprono nuove prove che, sole o unite a quelle già valutate, dimostrano che il condannato deve essere prosciolto a norma dell`art. 631; d) se è dimostrato che la condanna venne pronunciata in conseguenza di falsità in atti o in giudizio o di un altro fatto previsto dalla legge come reato".

[634] Nello specifico per il caso Dorigo il Comitato aveva adottato ben tre risoluzioni interinali (Res DH(2002)30 del 19 febbraio 2002, (2004)13 del 10 febbraio 2004, (2005)85 del 12 ottobre 2005) invitando le autorità italiane a dotarsi di una legge che prevedesse la revisione dei processi giudicati non equi da Strasburgo e che fosse conforme alla raccomandazione n. 2. In relazione a ciò, contestualmente al rinvio alla Corte costituzionale da parte del la Corte di Appello di Bologna, la Cassazione penale nel dicembre del 2006 aveva annullato l'ordine di carcerazione argomentando proprio sulla precettività e la particolare forza di resistenza delle disposizioni convenzionali.

responsabilità internazionale, tale da causare una sospensione dal Consiglio d'Europa, i giudici non hanno tuttavia saputo rintracciare la via più appropriata.

Come si vedrà a breve, gli eventuali problemi di difformità tra quanto si è sviluppato nella prassi e quanto invece impongono i criteri formali di adeguamento al diritto internazionale che la nostra Costituzione prevede, sono stati risolti dalla Corte costituzionale ritenendo di poter considerare la Cedu e soprattutto la sua giurisprudenza un parametro di costituzionalità da cui non si può prescindere per valutare la legittimità delle leggi statali e regionali in ossequio al nuovo comma 1 dell'art. 117 della Costituzione.

La rassegna giurisprudenziale proposta in questa sede rivela tuttavia un'accentuata tendenza dei giudici ordinari a rispettare Strasburgo, soprattutto in seguito allo sviluppo della prassi europea in termini di rimedi, ipotesi non considerabile fino a pochi anni fa.

5.4 Le riforme legislative in risposta all'adeguamento alla giurisprudenza Cedu

L'adeguamento del nostro ordinamento alla Cedu ha ricevuto riscontri sicuramente più puntuali attraverso le riforme legislative, proprio in risposta ai rimedi indicati dalla Corte europea e dal Comitato dei Ministri con le sue raccomandazioni. A questo proposito sono indicative le leggi approvate per riformare la disciplina del controllo della corrispondenza dei detenuti, la legge di riforma delle procedure concorsuali, in particolare quella fallimentare, e la riforma del processo celebrato in contumacia, mentre esula da questo sommario elenco la legge sul risarcimento per la irragionevole durata dei processi.

Quest'ultima, infatti, non era stata richiesta espressamente dagli organi europei ma è stata approvata spontaneamente dal Parlamento per evitare le ormai numerose condanne di Strasburgo. Tale legge, conosciuta meglio come legge Pinto[635], risulta sì

[635] Legge n. 89 del 2001. Vale la pena qui ricordare che tale legge prevede un ricorso alle Corti d'Appello nel caso vi siano i presupposti per la violazione dell'art. 6 della Cedu in relazione alla ragionevole durata del processo. Tale procedimento si attiva quando ancora il giudizio principale non si è concluso sussistendo legittimamente il dubbio che esso si stia protraendo più del necessario. Come è noto,

importante ma per ben altra ragione, ovvero per aver contribuito alla circolazione del modello europeo determinando una maggiore conoscenza del sistema convenzionale agli operatori giuridici. La legge Pinto non è nata in risposta a una richiesta precisa della Corte di Strasburgo ma è indicativa della rilevanza della Cedu e delle sue violazioni riguardo alla visibilità e all'integrità dell'immagine del nostro paese a livello internazionale. Ai tempi in cui è stata approvata la legge, la Corte europea non aveva ancora inaugurato la fase in cui, applicando gli artt. 41 e 46, indicava nelle sue sentenze i rimedi al problema. Si trattava dunque di un tentativo spontaneo di adeguamento dell'Italia ai canoni Cedu.

Diverso è invece il contesto in cui sono maturate altre riforme sia di diritto e procedura penale, sia di diritto e procedura civile. Non è certo questo il luogo più idoneo per dar conto di tutte le suddette modifiche legislative; ciononostante appare opportuno considerare quelle più rispondenti al fine che qui ci si ripropone – la valutazione dell'impatto della giurisprudenza europea dei rimedi sull'assetto legislativo italiano.

A tal proposito sembra utile operare una distinzione tra le riforme nate specificamente per modificare determinate materie e la tendenza recente di approvare leggi di carattere generale per favorire l'adeguamento italiana alla giurisprudenza Cedu.

---

col ricorso in questione non si addiviene a un'accelerazione del processo ma alla riscossione di un'equa riparazione sulla base del danno subito per il periodo eccedente il termine ragionevole (comma 3 lett.a) dell'art. 2). Se inizialmente la legge era stata accolta favorevolmente dalla Corte e dal Comitato dei ministri europeo, successivamente questi hanno manifestato delle riserve per la sua applicazione, ritenendola non conforme a quanto stabilito nella prassi europea. L'ammontare dell'indennizzo infatti risultava inferiore a quanto i ricorrenti avrebbero beneficiato se si fossero rivolti a Strasburgo, motivo per cui la Corte europea ha iniziato ad accogliere petizioni sull'argomento legittimando persino il mancato passaggio alla Cassazione. Essa non lo considerava necessario per l'esaurimento delle vie interne nonostante la svolta della Cassazione nel 2004 (cfr. SS UU. 1338,1339,1340 2 1341 del 26 gennaio 2004), secondo la quale essa si faceva garante dei parametri fissati a Strasburgo per il risarcimento riscontrando una violazione di legge. Con ben 8 sentenze della Grande Camera, tutte del 29 marzo del 2006 (Apicella c. Italia, Cocchiarella c. Italia, Ernestiona Zullo c. Italia, Mostacciuolo c. Italia n. 1 e 2, Giuseppina ed Orestina Procaccini c. Italia, Musci c. Italia, Riccardi Pizzati c. Italia), la Corte sottolineava che il rimedio Pinto non provvede a rimuovere il problema di fondo della lentezza dei procedimenti e che l'Italia è ben lontana dal risolverlo nel prossimo futuro. Interessante è inoltre la strada che i giudici europei con questa sentenza hanno iniziato a percorrere, ovvero dell'opportunità di provvedere all'adozione di misure generali, nonostante essi non si siano ancora spinti ad individuarne, diminuendo anche in questo ambito i margini di scelta.

Le riforme legislative ad hoc

Partendo dalle riforme di natura civile, tra le più importanti va certamente segnalata quella relativa alle procedure concorsuali[636]. Per il futuro, questa dovrebbe aver rimosso i motivi delle numerose condanne di Strasburgo, le quali erano originate dalle prolungate limitazioni imposte al fallito nell'esercizio di diritti fondamentali, come ad esempio il segreto di corrispondenza, la libertà di circolazione, l'esercizio del diritto di voto e di alcune professioni. La giurisprudenza della Corte europea si è focalizzata sull'inopportuna automaticità dell'iscrizione del nome del fallito nel relativo registro, sul mancato controllo giurisdizionale per l'applicazione delle interdizioni dal godimento dei diritti fondamentali e sull'eccessivo lasso di tempo previsto per il conseguimento della riabilitazione.

In particolare, la disciplina italiana, prima della riforma del 2006 con il d. lgs n. 5[637], regolamentava lo stato del fallito col regio decreto n. 267 del 16 marzo del 1942 che non permetteva in alcuna circostanza la riabilitazione prima della scadenza di un periodo di tempo di cinque anni. Il comma 1 dell'art. 1 del d.P.R. n. 223 del 1967 inoltre interdiva il soggetto dall'elettorato finché durava lo stato di fallimento per il sol fatto di essere insolvente a prescindere dalla colpevolezza per fatti penalmente rilevanti. Secondo la Corte europea tale assetto legislativo non corrispondeva affatto a una piena tutela del diritto al rispetto alla vita privata (art. 8 della Cedu), così come non

[636] Sicuramente interessante risulta anche la disciplina degli affitti in relazione alla tardiva esecuzione da parte delle autorità pubblica dell'ordine di sfratto. Più che su un cambiamento legislativo la Corte europea ha sollecitato lo Stato italiano almeno a rimediare pecuniariamente per i danni sofferti dai locatori che per anni sono impossibilitati ad entrare in possesso delle proprie abitazioni, persino qualora il comportamento del conduttore risulti moroso. Poiché l'art. 1591 del codice civile italiano (Danni per ritardata restituzione) fornisce secondo la Corte europea un'adeguata possibilità di ristoro, essa lo ritiene un rimedio sufficiente a disposizione dei ricorrenti che possono farsi risarcire dei danni dai conduttori inadempienti. Ciò stabilito lo Stato risulta responsabile solo per il ritardo della procedura dell'esecuzione; un tipo di responsabilità che presuppone il pagamento dei danni materiali in quanto la disciplina degli affitti rientra in un campo in cui gli ordinamenti interni godono di un ampio margine di apprezzamento in modo da poter bilanciare l'esigenza dei proprietari privati con quella statale di preservazione di un certo ordine sociale. In Italia infatti la disciplina degli affitti si presenta molto complessa a causa di una certo impegno che lo Stato si è assunto nel campo dell'edilizia popolare in modo da assicurare il diritto 'all'abitazione', progetto che si uniforma ai criteri dello Stato sociale come il nostro si definisce ma che poi nella pratica incontra grossi ostacoli di carattere economico (come ad es. l'aumento del debito pubblico) e di carattere amministrivo-burocratico (ad es. lentezza nei procedimenti per l'assegnazione delle case popolari). Casi europei emblematici in tale ambito sono Immobiliare Saffi c. Italia del 28 luglio 1999; Mascolo c. Italia del 16 dicembre del 2004 ; Lo Tufo c. Italia del 21 aprile del 2005.

[637] D. Lgs. N. 5/2006 recante riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali.

permetteva ai condannati di adire e ricevere un serio rimedio dalle autorità competenti (art. 13) compromettendo i principi a cui si ispira una società democratica.

Di qui le svariate sentenze di condanna dell'Italia[638] che hanno avuto origine nel 1997 con la decisione P.G. II e con cui il Comitato – che all'epoca aveva la competenza di chiudere il caso per la mancanza del ricorso diretto alla Corte –, seppur non indicando le misure da adottare, entrava nel merito della legislazione evidenziando i punti più controversi non conformi a Convenzione. Essa perciò limitava di fatto le scelte del legislatore come è avvenuto in altri ambiti. A ciò si è aggiunta un'importante risoluzione del Comitato dei ministri europeo del 2002[639] che sollecitava il nostro paese ad adottare le opportune misure per modificare l'assetto legislativo; così facendo, nel 2006, il Governo ha approvato il decreto legislativo sopraccitato accogliendo le impostazioni stabilite dalla Corte europea e molto apprezzato nella risoluzione finale espressa dal Comitato dei ministri[640].

A parte il ritardo con cui si è addivenuti alla riforma e al fatto che essa andrà a regolare le situazioni future, con grave pregiudizio per quelle pendenti, appare davvero singolare che il Parlamento ancora nel 2006 si riferisca alla Cedu e alla sua giurisprudenza come sistema di natura comunitaria[641], evidenziandone così la sua scarsa conoscenza. Comunque sia, la riforma prevede da un lato l'accelerazione dei tempi per la dichiarazione del fallimento, dall'altro l'abrogazione delle limitazione della capacità personale del fallito, tra cui quella in materia elettorale, la libertà di circolazione e di corrispondenza.

Anche per le riforme delle materie di carattere penale si ripropone lo stesso schema di confronto tra Europa e autorità italiane visto per l'area civile:

1) condanna della Corte europea che valuta la qualità della legge italiana;

---

[638] Le sentenze sul tema che si sono susseguite dal 1997 sono numerose. Esemplificativamente v. Luordo, del 17 luglio del 2003, Bottaro del 17 luglio del 2003, Bassani dell'11 dicembre del 2003, Bova del 24 maggio del 2006, Calicchio e Urriolabeitia, Chiumiento, del 29 giugno del 2006, Campello e Ciaramella del 6 luglio del 2006.

[639] ResDH(2002)58 del 16 aprile del 2002.

[640] CM/ResDH(2007)27 del 4 aprile del 2007 recante "Bankruptcy proceedings in Italy: Progress achieved and problems remaining in the execution of the judgments of the European Court of Human Rights".

[641] V. ad es. la discussione al Senato (a. s. n. 3344) per l'approvazione della legge delega n. 80 del 2005 che attribuisce al Governo la competenza a riformare le procedure concorsuali. Nella discussione sui singoli articoli l'Assemblea espressamente giustifica la riforma "in coerenza con la normativa comunitaria".

2) sollecitazioni da parte del Comitato dei ministri;

3) successiva risposta del nostro Parlamento, seppur con evidenti ritardi.

Così è accaduto per altri due ambiti, ovvero la riforma dell'ordinamento penitenziario[642], relativamente al controllo della corrispondenza dei detenuti, e il processo celebrato in contumacia.

Anche per la riforma dell'ordinamento penitenziario, l'ordinamento italiano ha risolto il problema solamente per le situazioni future. Ciò concerne in particolare la disciplina del controllo della corrispondenza dei detenuti prevista all'art. 18 della legge penitenziaria n. 354 del 1975 oggi modificato. La vecchia dicitura era stata ritenuta non conforme a Convenzione in violazione dell'art. 8 della Cedu per eccessiva indeterminatezza della legge. Questa non prevedeva infatti né la durata massima delle restrizioni alla corrispondenza dei detenuti né i motivi che ne giustificavano la limitazione, non indicando altresì l'estensione e le modalità di esercizio del potere discrezionale delle autorità competenti.

Grazie alle continue pronunce di condanna della Corte europea[643] e le risoluzioni del Comitato dei ministri[644] il Parlamento ha approvato la legge n. 95 del 2004 che introduce l'art. 18 *ter* nella legge dell'o.p.. In particolare, nel caso *Calogero Diana c. Italia* del 1995 la Corte europea rilevava l'insufficienza della legislazione italiana affermando che:

> "*Law no. 354 leaves the authorities too much latitude. In particular, it goes no further than identifying the category of persons whose correspondence may be censored and the competent court, without sayinganything about the length of the measure or the reasons that may warrant it. [...] 33. In sum, the Italian Law does not indicate with reasonable*

[642] Un altro motivo di conflitto con il sistema europeo riguarda il regime di carcere duro previsto dall'art. 41 *bis* della legge penitenziaria in violazione degli artt. 6 e 13 della Cedu. Ciò che Strasburgo contestava all'Italia era la mancanza di un rimedio effettivo per la sistematica violazione del termine di dieci giorni previsto per legge entro cui il tribunale di sorveglianza deve rendere una decisione. A seguito di un'importante risoluzione interlocutoria del Comitato dei ministri relativa ai casi Messina, Ganci e Bifulco c. Italia del 5 luglio del 2005 (ResDH(2005)56) in cui si invitavano le nostre autorità a prevedere misure atte a garantire un controllo tempestivo, il Parlamento approvava la legge n. 279 del 2000, introducendo l'obbligo per il Ministro della giustizia di motivare la proroga o l'imposizione di una nuova misura se la precedente fosse stata annullata dagli organi giudiziari competenti.

[643] *Leading cases* si possono considerare Calogero Diana c. Italia e Domenichini c. Italia entrambe del 15 novembre del 1996.

[644] ResDH(2001)178 con la quale il Comitato prendeva atto della circolare inviata dal Ministero della Giustizia alle Corti d'Appello per sollecitarle all'adeguamento alla prassi europea ma auspicava l'approvazione di una riforma legislativa.

clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities, so that Mr Diana did not enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society"[645].

Con la modifica citata, oggi il controllo della corrispondenza è previsto per un periodo non eccedente i sei mesi e per determinate ipotesi che assolvono ad esigenze utili alle indagini investigative o di prevenzione dei reati, ovvero per ragioni di sicurezza o di ordine.

Ancora di più ampia portata risulta il seguito italiano alle condanne per violazione dei canoni del giusto processo (art. 6 della Cedu), relativamente a quelli celebrati in contumacia. In tale ambito si sono avute pronte risposte sia da parte del potere giudiziario sia da parte del legislatore. Si è già riferito sul modo in cui i giudici ordinari, in particolare la Cassazione penale, hanno accolto le impostazioni di Strasburgo – in particolare dichiarando la natura precettiva dell'art. 46 della Cedu e quindi ritenendo non conforme a Convenzione l'art. 175 del c.p.p. nella parte in cui non prevede l'accoglimento della domanda di nuova celebrazione del processo fuori dai termini qualora la Corte europea abbia accertato una violazione dell'art. 6 della Cedu[646].

Riguardo alle risposte legislative, come accennato, il Governo e il Parlamento, rispettivamente con l'approvazione del decreto legge n. 17 del 2005 e la sua conversione con la legge n. 60 del 2005, hanno dato seguito alle decisioni di Strasburgo sul tema, in particolare al caso *Sejdovic c. Italia* del 2004[647]. A tal proposito è necessario svolgere due ulteriori valutazioni: l'una riguarda la prontezza delle autorità interne, l'altra è inerente allo stesso comportamento della Corte europea che evidenzia il diverso approccio che essa assume dinanzi a violazioni strutturali.

In ordine al primo punto è emblematica la celerità con cui il potere legislativo ha adottato i provvedimenti opportuni, nonostante il caso Sejdovic si fosse definitavente chiuso per il contestuale ricorso del Governo alla Grande Camera. Più in particolare, la legge in questione ha modificato gli artt. 157 e 175 del c.p.p., prevedendo la

[645] Calogero Diana c. Italia, cit., §32-33.
[646] Per un commento sulle motivazioni addotte dalla Cassazione, v. supra §5. 3.2.
[647] Caso Sejdovic c. Italia del 10 novembre del 2004.

restituzione in termini per impugnare, a favore dell'imputato condannato in contumacia che non abbia avuto conoscenza del processo celebrato ai suoi danni[648].

[648] Il nuovo art. 175 c.p.p. (Restituzione nel termine) recita: "1.Il pubblico ministero, le parti private e i difensori sono restituiti nel termine stabilito a pena di decadenza, se provano di non averlo potuto osservare per caso fortuito o per forza maggiore. La richiesta per la restituzione nel termine è presentata, a pena di decadenza, entro dieci giorni da quello nel quale è cessato il fatto costituente caso fortuito o forza maggiore. 2. Se è stata pronunciata sentenza contumaciale o decreto di condanna, l'imputato è restituito, a sua richiesta, nel termine per proporre impugnazione od opposizione, salvo che lo stesso abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento e abbia volontariamente rinunciato a comparire ovvero a proporre impugnazione od opposizione. A tale fine l'autorità giudiziaria compie ogni necessaria verifica. 2 bis. La richiesta indicata al comma 2 è presentata, a pena di decadenza, nel termine di trenta giorni da quello in cui l'imputato ha avuto effettiva conoscenza del provvedimento. In caso di estradizione dall'estero, il termine per la presentazione della richiesta decorre dalla consegna del condannato. 3. La restituzione non può essere concessa più di una volta per ciascuna parte in ciascun grado del procedimento. 4. Sulla richiesta decide con ordinanza il giudice che procede al tempo della presentazione della stessa. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari. Se sono stati pronunciati sentenza o decreto di condanna, decide il giudice che sarebbe competente sulla impugnazione o sulla opposizione. 5. L'ordinanza che concede la restituzione nel termine per la proposizione della impugnazione o della opposizione può essere impugnata solo con la sentenza che decide sulla impugnazione o sulla opposizione. 6. Contro l'ordinanza che respinge la richiesta di restituzione nel termine può essere proposto ricorso per cassazione. 7. Quando accoglie la richiesta di restituzione nel termine per proporre impugnazione, il giudice, se occorre, ordina la scarcerazione dell'imputato detenuto e adotta tutti i provvedimenti necessari per far cessare gli effetti determinati dalla scadenza del termine. 8. Se la restituzione nel termine è concessa a norma del comma 2, non si tiene conto, ai fini della prescrizione del reato, del tempo intercorso tra la notificazione della sentenza contumaciale o del decreto di condanna e la notificazione alla parte dell'avviso di deposito dell'ordinanza che concede la restituzione". Il testo invece dell'art. 157 c.p.p. (Prima notificazione all'imputato non detenuto) dispone: "1. Salvo quanto previsto dagli articoli 161 e 162, la prima notificazione all'imputato non detenuto è eseguita mediante consegna di copia alla persona. Se non è possibile consegnare personalmente la copia, la notificazione è eseguita nella casa di abitazione o nel luogo in cui l'imputato esercita abitualmente l'attività lavorativa, mediante consegna a una persona che conviva anche temporaneamente o, in mancanza, al portiere o a chi ne fa le veci. 2. Qualora i luoghi indicati nel comma 1 non siano conosciuti, la notificazione è eseguita nel luogo dove l'imputato ha temporanea dimora o recapito, mediante consegna a una delle predette persone. 3. Il portiere o chi ne fa le veci sottoscrive l'originale dell'atto notificato e l'ufficiale giudiziario dà notizia al destinatario dell'avvenuta notificazione dell'atto a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata. 4. La copia non può essere consegnata a persona minore degli anni quattordici o in stato di manifesta incapacità di intendere o di volere. 5. L'autorità giudiziaria dispone la rinnovazione della notificazione quando la copia è stata consegnata alla persona offesa dal reato e risulta o appare probabile che l'imputato non abbia avuto effettiva conoscenza dell'atto notificato. 6. La consegna alla persona convivente, al portiere o a chi ne fa le veci è effettuata in plico chiuso e relazione di notificazione è effettuata nei modi previsti dall'articolo 148, comma 3. 7. Se le persone indicate nel comma 1 mancano o non sono idonee o si rifiutano di ricevere la copia, si procede nuovamente alla ricerca dell'imputato, tornando nei luoghi indicati nei commi 1 e 2. 8 Se neppure in tal modo è possibile eseguire la notificazione, l'atto è depositato nella casa del comune dove l'imputato ha l'abitazione, o, in mancanza di questa, del comune dove egli esercita abitualmente la sua attività lavorativa. Avviso del deposito stesso è affisso alla porta della casa di abitazione dell'imputato ovvero alla

Riguardo al secondo ordine di considerazioni, nella sentenza europea la prima sezione della Corte di Strasburgo era andata al di là del caso in esame ponendo l'accento sul problema di ordine strutturale che l'Italia soffriva per i processi celebrati *in absentia*, invocando non solo il mancato rispetto dell'art. 6 della Cedu ma anche l'art. 46[649]. Si vincolava così il nostro ordinamento a scegliere misure generali ritenendo insufficiente il pagamento di una somma di denaro a titolo risarcitorio[650]. In particolare, la Corte denunciava la mancanza di meccanismi atti a garantire la possibilità per il condannato in contumacia di ottenere, qualora non avesse mai rinunciato inequivocabilmente al diritto a comparire, che un giudice decidesse nuovamente il caso dopo averlo ascoltato nel rispetto dell'art. 6 della Cedu[651]. Per questo motivo essa ha considerato che:

> "*the respondent State must remove every legal obstacle that might prevent anyone convicted in absentia who, having not been effectively informed of the proceedings against him, has not unequivocally waived the right to appear at his trial from obtaining either an extension of the time allowed for appealing or a new trial, so as to guarantee the right of those concerned to obtain a fresh determination of the merits of the charge against them by a court which has heard them in accordance with the requirements of Article 6 of the Convention. The respondent State must therefore make provision, by*

---

porta del luogo dove egli abitualmente esercita la sua attività lavorativa. L'ufficiale giudiziario dà inoltre comunicazione all'imputato dell'avvenuto deposito a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento. Gli effetti della notificazione decorrono dal ricevimento della raccomandata. 8. bis. Le notificazioni successive sono eseguite, in caso di nomina di difensore di fiducia ai sensi dell'articolo 96, mediante consegna ai difensori. Il difensore può dichiarare immediatamente all'autorità che procede di non accettare la notificazione. Per le modalità della notificazione si applicano anche le disposizioni previste dall'articolo 148, comma 2-bis".

[649] Secondo la Corte "the violation of the applicant's right as guaranteed by Article 6 § 1 originated in a problem which results from the Italian legislation on trial *in absentia* and which remains capable of affecting others in future. The unjustified hindrance of the applicant's right to a fresh determination by a court of the merits of the charge against him was not prompted by an isolated incident and is not attributable to the particular turn of events in his case, but was rather the consequence of the wording of provisions of the CCP on the conditions for applying for leave to appeal out of time. Moreover, violations similar to the one in the present case have been found by the Court, either in relation to the former CCP" (§44 della sentenza Somogyi).

[650] *Ibidem* §45.

[651] *Ibidem*, §29-30 in cui la Corte specifica il diritto dell'imputato "to defend himself in person, to examine or have examined witnesses and to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court [...] a denial of justice nevertheless undoubtedly occurs where a person convicted *in absentia* is unable subsequently to obtain from a court which has heard him in accordance with the requirements of Article 6 a fresh determination of the merits of the charge, in respect of both law and fact, where it has not been established that he has waived his right to appear and to defend himself".

means of appropriate regulations, for a new procedure capable of securing the effective realisation of the entitlement in question while ensuring respect for the rights guaranteed by Article 6 of the Convention"[652].

La prontezza del legislatore italiano a tali richieste trae forse origine dalla denuncia di una lacuna di 'sistema'. Se non vi fosse stata una risposta adeguata, ciò avrebbe originato molte altre condanne inevitabili se non previo allineamento ai canoni europei; viceversa, con un atteggiamento indifferente si sarebbe ulteriormente accentuata agli occhi europei la cattiva fama italiana di Stato occidentale meno garantista della protezione dei diritti fondamentali. Ennesima riprova dell'efficacia della giurisprudenza di Strasburgo in termini di condizionamento sulle decisioni interne.

Quanto al comportamento della stessa Corte europea sono risultate emblematiche le argomentazioni della Grande Camera[653]. Essa, confermando la decisione della prima sezione[654], ha preso atto della variazione legislativa interna occorsa, considerando tuttavia prematuro valutarne l'impatto. Per il sol fatto che la Corte si sia esposta dichiarando espressamente di non avere ancora i dati sufficienti per verificare la conformità della nuova legge a Convenzione, mostra come in veste di Grande Camera e quindi di giudice inappellabile e preposto a decidere i casi più controversi[655], si sia assunta l'onere di vagliare attentamente l'adeguatezza di una norma interna su una questione di stretta competenza statale, come per le regole procedurali della celebrazione di un processo. Inoltre, la stessa Corte non si è preoccupata dell'applicabilità della legge al ricorso in esame, rilevando di essere conscia che questa avrà effetti solo *pro futuro*[656]; sicuramente un atteggiamento innovativo per un giudice che è sempre stato definito del caso concreto e che invece in questa circostanza, come in altre in cui si rilevano problemi strutturali, si comporta come giudice di 'legittimità convenzionale'.

---

[652] *Ibidem*, §47.
[653] Sentenza della Grande Camera Sejdovic c. Italia dell'1marzo 2006.
[654] *Ibidem* §81-95.
[655] Ai sensi dell'art. 30 della Cedu: "Se la questione oggetto del ricorso all'esame di una Camera solleva gravi problemi di interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, o se la sua soluzione rischia di condurre ad una contraddizione con una sentenza pronunciata anteriormente dalla Corte, la Camera, fino a quando non abbia pronunciato la sua sentenza, può spogliarsi della propria competenza a favore della Grande Camera a meno che una delle parti non vi si opponga". Come dispone inoltre il §1 dell'art. 44 della Cedu la sentenza della Grande Camera è definitiva.
[656] Caso Sejdovic c. Italia (Grande Camera) cit., §123.

La legge n. 12 del 2006: verso l'adeguamento puntuale alla giurisprudenza europea

Le modifiche legislative esaminate finora sono state attuate a seguito di richieste esplicite della Corte europea e più in generale del Comitato dei ministri; più di recente è stata invece approvata una disposizione di carattere generale sull'adeguamento del nostro sistema alla Cedu che, se opportunamente procedimentalizzata, insieme alle aperture della Corte costituzionale, mette una seria ipoteca sull'applicazione a livello legislativo della giurisprudenza di Strasburgo. Grande apprezzamento infatti è stato espresso a tal proposito dalla stessa Assemblea parlamentare europea ritenendo che la nuova previsione legislativa possa agevolare il raccordo tra sistema italiano e quello europeo.

Si fa riferimento alla legge n. 12/2006 recante "Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo". Il testo consta di un solo articolo che dispone l'aggiunta della lettera *a-bis)* all'art. 5 della legge n. 400/1988, riguardante le attribuzioni del Presidente del Consiglio al quale permette di "*promuovere* gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti della Stato italiano; *di comunicare* tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e *di presentare* annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce"[657].

La norma in questione si prefigge lo scopo di favorire una rapida esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo che vedono protagonista l'Italia; in particolar modo riguarda quei casi in cui si rilevano *deficit* strutturali che necessitano di una proporzionata risposta da parte del nostro ordinamento, onde evitare un persistente contrasto con il sistema Cedu e dunque conseguenti condanne al nostro Paese. Essa appare così perfettamente in linea con gli sviluppi della giurisprudenza di Starsburgo in termini di rimedi per le violazioni sistemiche. Sulla spinta della risoluzione n. 7-00596 adottata dalle Commissioni Giustizia e Affari esteri e comunitari della Camera dei

[657] Corsivo nostro.

deputati, tale disposizione impegna il Governo sia a provvedere all'emanazione di regolamenti amministrativi nella propria sfera di competenza per dare seguito ai 'doveri' europei, sia a esortare il legislatore a individuare i meccanismi normativi con cui fronteggiare le carenze messe in luce dai giudici di Strasburgo accentuando, quindi, il controllo del Parlamento sull'esecuzione delle pronunce di condanna.

Ci si trova sicuramente di fronte ad una lodevole novità legislativa che, se incontrerà la volontà concorde degli operatori per la sua applicazione, potrebbe rappresentare un concreto *input* affinché lo Stato italiano si adegui al rispetto degli obblighi assunti con la firma e la ratifica della Convezione europea dei diritti dell'uomo.

Seppur per certi aspetti criticabile, la legge in esame presenta almeno due profili degni di nota. Bisogna ammettere che il testo della disposizione dice poco o nulla riguardo al tipo di iniziative che in concreto il Governo è obbligato ad adottare. A questo proposito, ci si potrebbe domandare se esso debba limitarsi alla verifica della liquidazione delle somme pattuite a titolo risarcitorio o se è anche obbligato a presentare disegni di legge necessari per dare seguito alle pronunce europee, non ritenendo sufficiente l'esercizio facoltativo dell'iniziativa legislativa che le è proprio. Tuttavia, l'apporto che il nuovo comma può dare è rilevante sia per la maggiore attenzione prestata dall'Italia alla giurisprudenza Cedu, sia per aver posto l'accento sulla via legislativa come mezzo per adeguarvisi.

Vero è che nel corso dell'ultimo decennio sono stati attuati molteplici tentativi per evitare il ripetersi di pronunce contrarie. Alcune di questi però si sono mostrati inadeguati, mentre altri hanno centrato l'obiettivo in un contesto sostanzialmente incerto. Basti considerare gli esiti poco soddisfacenti della legge n. 89 del 2001 in tema di equa riparazione per eccessiva durata dei processi. A fronte della costituzionalizzazione del principio del 'giusto processo' messa in atto con la modifica dell'art. 111 della Costituzione o ancora con l'adozione di 'sezioni stralcio' per eliminare i processi più vecchi, la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, in recenti pronunce, ha ritenuto non effettivo il rimedio interno proposto dall'ordinamento italiano, in riferimento soprattutto alla legge Pinto, in quanto esso liquiderebbe i cittadini lesi con somme di gran lunga inferiori rispetto a quelle stabilite dai giudici europei. Non ultima è la risoluzione interinale adottata il 30 novembre 2005 dal

Consiglio dei ministri europeo, con cui l'Italia è stata nuovamente richiamata a mettere a punto nuove strategie per risolvere il problema[658].

Come si è visto, si sono certamente compiuti passi avanti per altri tipi di violazione, quali per la riorganizzazione del processo penale in contumacia o per la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti ma, al di là di queste seppur importanti eccezioni, a giudizio di chi scrive la legge sull'esecuzione delle pronunce di Strasburgo può risultare cruciale per porre fine a una situazione italiana incerta.

Si è già avuto modo di ricordare come l'atteggiamento del legislatore, in parallelo a quello dei giudici ordinari e costituzionali, è da sempre risultato contraddittorio. Sul comportamento dei giudici, si è detto come essi in alcuni casi dichiarano l'applicabilità diretta delle disposizioni convenzionali e dalla giurisprudenza ad essa relativa, in altre si schermano dietro ostacoli di carattere formale, quale la posizione della Cedu nel nostro sistema delle fonti. In riferimento alle posizioni assunte dal Parlamento, non si comprendono le ragioni per cui talvolta esso si adoperi prontamente a risolvere i contrasti con la Corte di Strasburgo - come per i processi in contumacia - , mentre in altre circostanze dimostra una generale noncuranza se non addirittura una sospetta resistenza.

In più occasioni, non solo la Corte europea ma anche il Comitato dei ministri e l'Assemblea parlamentare del Consiglio europeo hanno più volte insistito, attraverso documenti ufficiali, sull'importanza di riaprire nel nostro Paese i processi a seguito di condanne europee. In origine, tali raccomandazioni si rivolgevano a gran parte degli Stati contraenti i quali, col tempo, si sono adeguati attraverso modifiche legislative *ad hoc* (quali ad esempio il Regno Unito, l'Austria, la Grecia ecc.) oppure con interpretazioni in via giurisprudenziale (come la Spagna, la Svezia, la Finlandia ecc.). In questo contesto l'Italia rimane un caso isolato; nonostante la presentazione di ben tre disegni di legge sul tema, i lavori parlamentari si sono per lungo tempo arenati e, ancora più singolare, risulta il comportamento tenuto dal Parlamento in ordine alla ratifica del Protocollo 14 che emenda il titolo II della Convenzione. A tal proposito, precedentemente al disegno di legge del Governo trasformato nella legge n. 280/2005, era stata presentata al Senato un disegno che, oltre all'autorizzazione alla ratifica e

[658] Cfr. ResDH(2005)114.

all'ordine di esecuzione del nuovo Protocollo, prevedeva anche disposizioni concernenti l'istituto della revisione dei processi[659]. Assegnata il 3 maggio del 2005 alle Commissioni riunite Giustizia e Affari esteri, emigrazione del Senato, la bozza in questione non è mai stata sottoposta al loro esame perdendo così un'ulteriore occasione per legiferare in ossequio alle sollecitazioni di Strasburgo.

La revisione del processo rimane oggi il deficit strutturale più preoccupante; il Consiglio dei Ministri ha così approvato un nuovo disegno di legge che introduce un'ipotesi di revisione, contenuta in un nuovo art 647 *bi*s c.p.p., qualora Strasburgo abbia accertato con sentenza definitiva la violazione dell'art. 6 della Cedu rivelatasi fondamentale per l'esito del procedimento[660]. Così facendo il Governo ha mostrato un forte interesse affinché l'Italia non rimanesse isolata dal resto d'Europa ma, soprattutto, ha preso atto ufficialmente del valore vincolante delle sentenze europee.

Il formale monitoraggio delle decisioni europee, con la relativa valutazione sull'opportunità di modificare disposizioni interne per renderle conformi a Convenzione, ha il vantaggio di eliminare il grado di arbitrarietà con cui il Parlamento si interfaccia col sistema Cedu, fornendo risposte celeri o, in altri casi, trascurandolo del tutto. Le misure previste per dare attuazione alla legge di cui si parla sembrano assolvere a questo scopo, conferendo organicità e sistematicità all'esecuzione delle sentenze di Strasburgo. Con la disposizione in esame si valorizza il rapporto Parlamento-Governo in ordine a decisioni di politica estera che finora erano devolute esclusivamente al potere esecutivo. Da un lato vi è l'onere del Parlamento di esaminare le condanne europee affidando tale controllo alle Commissioni parlamentari, ricordando così la procedura già avviata per le sentenze della Corte di Giustizia e costituzionale prevista dai regolamenti parlamentari; dall'altro il Governo è coinvolto non solo nella fase iniziale, di trasmissione della relazione annuale ma anche in quella contestuale e

[659] V. a.s. n. 3354.

[660] Il disegno di legge è stato approvato il 3 agosto del 2007 recante "disposizioni in materia di revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo" il cui testo può reperirsi sul sito: http://www.giustizia.it/dis_legge/xvleg/corte_europ_dir_uomo_ddl.htm. Ad oggi tuttavia tale disegno non è ancora stato assegnato ad alcuna commissione parlamentare per la sua discussione in Parlamento.

successiva, gravando sul Dipartimento della Presidenza del Consiglio gli adempimenti conseguenti alle pronunce europee[661].

Oltre alla maggiore conoscibilità delle pronunce europee e la metodicità della loro esecuzione, la legge Azzolini ha l'importante merito di aver individuato nel Parlamento il destinatario privilegiato delle sentenze di condanna nei confronti dell'Italia. In un sistema giuridico di *civil law* quale il nostro e a causa dell'ambigua collocazione della Cedu nel sistema delle fonti, affidare al legislatore l'eventuale adempimento di decisioni sovranazionali mette maggiormente al riparo dal rischio di un'alta soglia di incertezza giuridica causata dal comportamento altalenante dei giudici interni. Inoltre, ciò presenta il vantaggio di filtrare decisioni che possono entrare in conflitto col nostro ordinamento attraverso il potere rappresentativo che più di altri è deputato a farsi carico dei valori e principi a cui ogni Stato s'ispira. Così facendo, il Parlamento tornerebbe ad occuparsi di questioni fondamentali relative ai diritti umani senza avere più la tentazione di deferire queste alla volontà di giudici esterni non congruamente legittimati almeno da un punto di vista formale.

5.5 La Cedu a un bivio dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007: parametro interpretativo o costituzionalizzazione dei suoi principi?

Un ulteriore e fondamentale tassello che ricompone i rapporti tra il nostro ordinamento e quello convenzionale è rappresentato dalle sentenze della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007. Nelle due pronunce, infatti, si compie finalmente lo sforzo di chiarire la collocazione formale della Cedu nel sistema italiano ponendola, come più volte anticipato, a livello subcostituzionale ma come limite alla libera attività del legislatore. Per arrivare a questo tipo di conclusione sono state seguite le orme del comma 1 dell'art. 117 Cost. che, riformato già nel 2001, ha trovato una

[661] V. artt. 1 e 2 del Decreto del Presidente del Consiglio di Ministri dell'1 febbraio del 2007 recante "Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo".

concreta applicazione solo con queste sentenze in ordine al "rispetto degli obblighi internazionali". Queste sentenze trascurano alcuni punti importanti di cui molti attendevano un chiarimento; ciononostante, chi scrive ritiene siano state date risposte apprezzabili in termini di ridefinizione degli equilibri tra i due sistemi che abbisognavano giustappunto delle precisazioni fatte dalla Corte costituzionale. Certo è che ora tutto dipende da come gli operatori, compreso lo stesso giudice delle leggi, reagiranno in pratica.

Al fine di evidenziare la bontà e, di contro, le imperfezioni di tali pronunce è bene fare in via preliminare il punto di cosa esse hanno stabilito. Risolvendo finalmente l'annosa questione delle indennità per le espropriazioni (sent. 348) e di quelle per le appropriazioni acquisitive (sent. 349), con la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 5 *bis* della legge n. 359 del 1992[662], la Corte costituzionale non solo ha mostrato una grande apertura nei confronti dei principi posti dalla Convenzione in materia di tutela della proprietà privata – principi che è bene ricordare sono stati arricchiti dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo –, ma ha anche colto l'occasione per mettere ordine nel sistema delle fonti; un'opportunità che non andava assolutamente sprecata viste le acuite incertezze che i giudici comuni avevano nell'applicare una legge statale in palese contrasto con quanto stabiliva l'Europa convenzionale. Ma vi è di più: la Corte costituzionale non poteva in nessun modo sottrarsi da tale compito non solo per l'inclinazione degli operatori interni, sempre più propensi ad ascoltare Strasburgo, ma soprattutto perché ormai la stessa Corte europea, con le sue pronunce di carattere generale, presagiva il pericolo di sostituirsi alle Corti costituzionali statali in conseguenza delle tecniche via via utilizzate che la allontanano gradualmente dalla natura di giudice del caso concreto.

Un punto fermo delle due sentenze è rappresentato dall'aver definito la Cedu e la sua relativa giurisprudenza una fonte ordinaria con copertura costituzionale, vale a dire che:

[662] Sull'annosa questione dell'accessione invertita si è già riferito nel §5.3.2 mettendo in evidenza come la Corte europea abbia imposto di fatto all'Italia di dare una concreta risposta a una situazione che ormai diventava insostenibile per numerosi cittadini.

> "le norme della Cedu integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, per questo è necessario che esse siano conformi a Costituzione"[663].

In tal modo continua la Corte costituzionale:

> "lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto dalla Corte remittente deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della Cedu, come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; b) se le norme della Cedu invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano"[664].

Per giungere a simili conclusioni la Corte italiana ha dovuto sgombrare il campo da tutte le impostazioni dottrinali finora sostenute con forza che pretendevano di attribuire una copertura costituzionale piena alla Cedu[665]. Innanzitutto, essa non fa alcuna menzione al possibile ancoraggio della Cedu all'art. 2 Cost.; in secondo luogo, esclude esplicitamente il riferimento al primo comma dell'art. 10 Cost. insistendo sul fatto che questo si rivolge espressamente ai principi internazionali consuetudinari escludendo le norme pattizie[666]. Allo stesso modo, e per alcuni versi in maniera meno convincente, la Corte esclude la copertura costituzionale della Cedu attraverso l'art. 11 Cost. Essa sostiene che tale disposizione possa essere invocata solo per il diritto comunitario in quanto questo rappresenta un ordinamento giuridico sopranazionale, mentre la Cedu è configurabile come un trattato internazionale multilaterale, pur con caratteristiche peculiari[667]. Il sistema convenzionale inoltre non individua alcuna

[663] Sent. n. 348 del 2007, p.to 4.7.
[664] *Ibidem*, p.to 5.
[665] V. *supra* §5.2.
[666] Sent. n. 348 p.to 3.4 e sent. 349 p.to 6.1. In relazione a tale posizione in dottrina c'è chi si auspica che la Corte possa fare maggiore chiarezza in futuro, almeno per capire se è plausibile distinguere le norme convenzionali pattizie *tout court* da quelle che al contrario rappresentano esse stesse la codificazione di principi internazionali consuetudinari. In tal caso infatti l'art. 10 della Costituzione offrirebbe una sicura protezione alle norme in questione, così come è avvenuto per quelle inerenti alle immunità diplomatiche con la sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 1979. Così M. Cartabia, *Le sentenze "gemelle": i diritti fondamentali, fonti, giudici*, in Giur cost. in corso di pubblicazione.
[667] Sent. n. 348, p.to 3.3 in diritto.

limitazione di sovranità e, allo stesso tempo, disciplina l'area dei diritti fondamentali i quali non possono considerarsi una "materia"[668].

Le posizioni assunte con riguardo all'art. 10 appaiono condivisibili, almeno alla luce del dato testuale che incarna pienamente la volontà del costituente nel voler escludere l'impostazione monistica del nostro ordinamento, nonostante la vocazione internazionalista della Costituzione. Viceversa, le argomentazioni proposte in relazione all'art. 11 lasciano davvero perplessi in quanto appare ormai innegabile che la stipula di un trattato internazionale comporti inevitabilmente per uno Stato se non la cessione della propria sovranità, come accaduto per il diritto comunitario, almeno una sua limitazione[669]. Che la Cedu poi, come sostiene la Corte, non rappresenti un vero e proprio ordinamento è tutto da verificare; a differenza di altri trattati internazionali essa si avvale, per il suo rispetto, dell'operato di organi di natura politica e soprattutto giurisdizionale, quale la Corte di Strasburgo, grazie ai quali la Convenzione è riuscita ad affermarsi negli Stati fino a divenire un punto di riferimento oggi non trascurabile per la tutela dei diritti fondamentali.

Tuttavia, al di là delle critiche che le argomentazioni della Corte suscitano, ciò che qui preme sottolineare è cosa le sentenze in esame mirano a raggiungere. L'aver escluso una piena copertura costituzionale alla Cedu e alla sua giurisprudenza, relegandola a norma interposta, consente di recuperare lo spirito sussidiario della stessa Convenzione che è necessario preservare[670].

Immaginando le ragioni che hanno condotto la Corte italiana a decidere nel modo indicato, si ritiene che decisivo sia stato il timore di perdere il ruolo di custode principale dei diritti fondamentali, delegando tale compito esclusivamente a giudici esterni le cui decisioni sarebbero state accolte incondizionatamente dai tribunali interni. Onde evitare il sindacato diffuso su leggi ritenute inconvenzionali, la Corte costituzionale ha affermato con forza l'esclusione della disapplicazione delle leggi statali da parte dei giudici comuni, sostenendo che le norme della Cedu si distinguono da quelle comunitarie poiché:

---

[668] Sent. n. 349, p.to 6.1 in diritto.

[669] Così anche C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo e interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in www.giurcost.org.

[670] V. *supra* cap. 4.

> "le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto"[671].

L'esclusione dell'effetto diretto dei precetti convenzionali e della giurisprudenza europea permette infatti di evitare problemi di applicazione difforme della Cedu dovuta alla diversa sensibilità dei giudici chiamati di volta in volta a dare seguito alle decisioni europee. Punto debole, questo, inevitabile per un sistema di *civil law* in cui non esiste la regola del precedente. Ma non solo; i rapporti tra i diritti nazionali e quelli convenzionali si fondano su un modello sussidiario secondo cui la Cedu interviene attraverso la Corte di Strasburgo qualora lo Stato nazionale appaia carente. In aggiunta, la logica che sottintendeva quella comunitaria si basava su un criterio che, in teoria, si definiva certo, quale il riparto delle competenze. In pratica, invece, esso ha prodotto una sorta di effetto boomerang, almeno in ordine alla protezione dei diritti fondamentali. La Corte di Giustizia europea, infatti, soprattutto dopo l'approvazione della Carta di Nizza, seppur non giuridicamente vincolante, e grazie alla comunitarizzazione dei diritti occorsa col Trattato di Maastricht, che obbliga la Comunità europea al loro rispetto richiamando le tradizioni costituzionali comuni e la Cedu, è in grado oggi di varcare il confine che separa l'ordinamento comunitario da quelli statali. Essa giunge a ciò sviluppando la cosiddetta dottrina dell'*incorporation* secondo la quale la giurisprudenza della Corte riguarda non solo gli atti comunitari ma anche quelli interni che entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario[672].

Non si può trascurare come, a causa di questi ulteriori sviluppi del diritto comunitario, oggi assistiamo ad una sorta di riviviscenza della teoria dei controlimiti che rappresenta forse lo strumento più utile per evitare l'uniformizzazione dei valori

[671] Sent. n. 348, p.to 3.3 in diritto.
[672] Sul punto M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, cit., pag. 28.

costituzionali che lasciano poco spazio alle diverse identità statali[673]. A maggior ragione, sarebbe stato inconcepibile pensare che la Corte costituzionale si sarebbe fatta da parte riconoscendo ai giudici comuni la facoltà di disapplicare leggi interne a favore della Convenzione europea.

Perfettamente in linea con gli obiettivi che la legge Azzolini si prefigge, la Corte italiana sottolinea come sia più opportuno che l'onere di salvaguardare i diritti contemplati nella Cedu ricada innanzitutto sul Parlamento, soprattutto se Strasburgo rilevi una carenza strutturale[674]. In mancanza di una legislazione in linea con gli standard europei si rende necessario allora l'intervento del giudice, ma di quello costituzionale e non comune, che dovrà esaminare non solo la possibile lesione della norma convenzionale dei principi supremi, ma anche ogni eventuale contrasto tra le norme interposte e quelle costituzionali[675].

> "L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta"[676].

Nel nuovo sistema dunque, ogniqualvolta non sia possibile al giudice superare l'antinomia in via interpretativa, quest'ultimo deve investire la Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro del primo comma dell'art.

---

[673] *Ibidem*, pag. 22. L'A. mette in rilievo come anche l'ordinamento francese e spagnolo hanno di recente invocato la dottrina dei controlimiti sulla scorta di quanto avevano fatto le Corti costituzionali italiana e tedesca, indice ciò della volontà di riappropriarsi della tutela dei diritti fondamentali a livello interno.
[674] Sent. n. 349, p.to 6.1.2 in diritto. A onor del vero per affermare la precedenza del Parlamento nel dare seguito alle decisioni di Strasburgo, la Corte sostiene erroneamente che l'Europa si rivolge esclusivamente ad esso (sent. n. 349, p.to 6.1 in diritto), quando invece è noto che, quale giudice internazionale, le sentenze della Corte europea pongono obblighi allo Stato, non distinguendo il potere parlamentare da quello giudiziario o amministrativo.
[675] Sent. n. 348, p.to 4.7 in diritto.
[676] *Ibidem*.

117[677]. L'unico strumento in mano al giudice è rappresentato dall'incidente di costituzionalità secondo il modello accentrato. Una soluzione pienamente condivisibile alla luce della perdurante invadenza delle giurisprudenza Cedu che gradualmente s'inserisce di fatto negli ordinamenti, senza possibilità concrete di scelta per gli organi interni nella regolamentazione di materie attinenti ai diritti umani.

Considerando l'intreccio di competenze sul tema della Cedu e della nostra carta costituzionale, appariva necessario trovare un punto d'ancoraggio sicuro al nostro sistema per recuperare maggiore spazio di democraticità. La conformità incondizionata alle sentenze europee, attraverso il sindacato diffuso dei giudici ordinari, avrebbe comportato il rischio di lasciare spazi d'inserimento della Corte europea troppo ampi in questioni non pienamente discusse o maturate all'interno. La posizione della Corte non mette a rischio l'armonizzazione dei valori nazionali ed europei, con il loro bilanciamento[678] ma sposta semplicemente a livello costituzionale tale compito. A questo proposito, non si può non ricordare che i giudici di Strasburgo sono nominati dai governi dei singoli paesi e le loro posizioni, quindi, possono in qualche modo essere rappresentative di una limitata parte dello Stato aderente.

Certamente non si vuole sostenere che la Corte europea non ha la facoltà di usare tutti i mezzi necessari per rendere concreto il rispetto dei diritti fondamentali, quale ad esempio indicare nel dettaglio i rimedi. Anzi, essa deve operare in questo senso quando sono in pericolo libertà e principi che non possono in nessun caso subire deroghe in vista della protezione dei principi dello stato di diritto. Per questo motivo, si è sostenuto in queste pagine come in casi simili la Corte europea faccia bene a seguire gli indirizzi giurisprudenziali scelti, potendo addirittura accentuare il suo carattere perentorio e vincolante ricorrendo alle tecniche procedurali e argomentative ampiamente sviluppate nella prassi della Corte interamericana[679]. Al contrario, per

[677] Sent. 349, punto 6.2: "Al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte".

[678] Tesi autorevolmente sostenuta da A. Ruggeri, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in www.forumcostituzionale.it. L'A. ritiene che le sentenze della Corte siano rimaste troppo ancorate a criteri logico formali piuttosto che soddisfare le esigenze evolutive interpretative.

[679] V. *supra* § 4.1.

questioni incerte, riguardanti valori identitari dei singoli paesi e su cui non esiste un comune consenso, è opportuno che l'adeguamento avvenga attraverso il procedimento parlamentare o, tutt'al più, con il controllo della Corte costituzionale interna, custode per eccellenza di tali principi.

L'esclusione esplicita dell'applicazione diretta della Cedu e della sua giurisprudenza origina tuttavia critiche destando alcuni interrogativi importanti. Innanzitutto, nonostante sia apprezzabile l'apertura della Corte alla giurisprudenza europea, affermando che le disposizioni convenzionali vanno lette secondo l'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, sono d'altro canto plausibili i timori secondo cui l'effetto vincolante delle sentenze Cedu possa subire un arretramento. L'intento della Corte costituzionale, come si è visto, è sicuramente quello di delimitare le competenze dei giudici, lasciandogli il solo spazio dell'interpretazione adeguatrice; aver evitato di chiarire maggiormente il punto può comportare però il rischio di dare man forte a quei giudici poco sensibili o restii all'applicazione del diritto convenzionale, tanto da non ritenere necessario applicare né la Cedu con l'interpretazione conforme a Costituzione, né tanto meno sollevare l'incidente di costituzionalità.

Il dubbio avanzato non è affatto privo di fondamento. Tra le primissime applicazioni delle sentenze n. 348 e 349, la Cassazione civile, in un caso di risarcimento dell'indennizzo del danno per l'irragionevole durata del processo, è infatti contravvenuta all'orientamento consolidato della giurisprudenza europea secondo cui il calcolo della somma si computa tenendo conto dell'intera durata del procedimento, stabilendo, al contrario, che l'ammontare va calcolato in relazione al solo periodo eccedente il termine ragionevole[680]. Le argomentazioni addotte dalla Cassazione si fondano sull'esplicito richiamo alle sentenze costituzionali le quali appunto hanno escluso l'applicazione diretta della Cedu, "la quale non crea un ordinamento giuridico sovranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti, essendo piuttosto configurabile come trattato internazionale multilaterale". In tal caso, la Cassazione non ha affatto indugiato nel respingere qualsiasi ipotesi di raccordo tra la giurisprudenza nazionale e quella interna, scartando sia l'alternativa dell'interpretazione conforme, sia il proponimento del rinvio alla Corte costituzionale

[680] Cfr. sent. Cass. civ., Sez. I, n. 14 del 3 gennaio del 2008.

per violazione della legge Pinto della norma interposta consacrata nel comma 1 dell'art. 117.

Onde evitare il proliferarsi di simili situazioni, alla prima occasione utile, la Corte costituzionale farebbe bene a chiarire ulteriormente le posizioni espresse nelle sentenze di ottobre. Non si condivide infatti l'opinione di chi ritiene che la Corte abbia avuto l'intenzione di lasciare inalterata la prassi costituzionale precedente, secondo cui la Cedu rappresenta un ausilio interpretativo e integrativo del dettato costituzionale sui diritti fondamentali[681]. Al contrario, si crede che essa abbia voluto rimarcare l'esigenza di una maggiore collaborazione tra giudici comuni e quello costituzionale proprio per porre fine alle incertezze. Il processo che si è innescato a livello europeo è ormai inarrestabile e la Corte pare non sia rimasta insensibile dinnanzi ad esso, volendo ora riappropriarsi del proprio ruolo cercando di non ripetere gli errori del passato in cui ha mostrato totale indifferenza al dialogo con la Corte di Giustizia europea, collaborazione che sarebbe stata certamente proficua.

Attrarre a sé il controllo della conformità dei precetti convenzionali e soprattutto della giurisprudenza europea permette alla Corte costituzionale di bilanciare i principi della nostra Carta con quelli espressi nella Cedu in modo da evitare conflitti risolti finora solo sommariamente, come nel caso degli espropri o del giusto processo. La Corte insomma dovrebbe ora non cadere nell'errore di delegare questioni importanti ai *giudici a quibus*, respingendo le questioni per mancata 'interpretazione conforme a'. Il confine tra questa e la disapplicazione del diritto interno è in questo caso molto labile[682], procurando l'effetto contrario di quanto la Corte voleva invece evitare, ovvero il sindacato diffuso delle norme interne ritenute contrarie a Convenzione. Un'ipotesi questa, in verità, finora scongiurata per la recente sentenza costituzionale n. 39 del 2008 in cui la Corte richiama nella sfera del giudizio di costituzionalità anche il controllo dell'eventuale contrasto di norme antecedenti alla ratifica della Cedu, senza in questo

[681] Così sostiene T. Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?* in www.forumcostituzionale.it.

[682] In generale sulla delimitazione dell'interpretazione adeguatrice si rimanda a M. Luciani, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale oggi e l'interpretazione "conforme a"*, in www.federalismi.it, 2007. L'A. sottolinea inoltre come l'accoglimento acritico delle interpretazioni fornite dalla Corte europea per assolvere alla funzione di 'interpretazione conforme a Convenzione', condurrebbe inevitabilmente all'impoverimento dei valori protetti dalla nostra carta costituzionale visto che quelli tutelati dalla Cedu non coincidono necessariamente con quelli della Costituzione.

caso invocare il principio dell'abrogazione a cui si sarebbe potuti ricorrere senza remore prima delle sentenze di ottobre[683].

Allo stesso modo, la Corte, nel sindacato di costituzionalità dovrà cercare di non cadere nella tentazione di adeguarsi pedissequamente e con approssimazione a Strasburgo solo perché questa ha espresso con forza e insistenza, indicando i rimedi congrui, il modo con cui sottrarsi a future violazioni[684]. Se è vero che il Consiglio d'Europa chiede agli Stati membri misure con cui sforzarsi per armonizzare la tutela dei diritti in modo da costruire un ordine pubblico europeo[685], non deve mai perdersi di vista il ruolo sussidiario che la Cedu e la sua giurisprudenza hanno. Ciò contribuirebbe a preservare quella "meravigliosa ricchezza delle diversità"[686] europee, preservando valori fondamentali comuni a tutti gli Stati.

È forse in questo modo che si potrebbe risolvere un'ulteriore interrogativo che le sentenze di ottobre pongono, ovvero se ritenere come parametro interposto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pronunciata solo nei confronti dell'Italia o anche quella riguardante altri Stati. Aver insistito sulla natura sussidiaria della Cedu, aver ribadito come i casi di non conformità a Convenzione siano risolti da Strasburgo tenendo conto, in generale, delle particolarità del fatto proposto e dell'ordinamento in cui esso si è svolto, aver inoltre cercato di dimostrare che la Cedu procura effetti vincolanti, ma non diretti, sugli ordinamenti solo perché la Corte europea indica di

---

[683] Il caso origina per il contrasto tra le disposizione dell'art. 50 del regio decreto n. 267 del 1942, sulla disciplina del fallimento che impediva, prima della sua abrogazione con l'art. 47 del d.lgs. n. 5 del 2006, l'esercizio di alcune libertà civili e politiche. In ottemperanza al principio abrogativo il caso in questione si sarebbe risolto in base alla vecchia disciplina censurata più volte dalla Corte europea per violazione dell'art. 8 della Cedu (v. supra § 5.4), così il giudice a quo solleva la questione dinanzi alla Corte costituzionale che ritiene incostituzionale la norma per violazione dell'art. 117, comma 1 Cost. Come rilevato in dottrina la Corte avrebbe potuto con tranquillità respingere la questione indicando al *giudice a quo* la via dell'abrogazione del regio decreto grazie all'entrata in vigore della Cedu avvenuta successivamente. Così R. Mastroianni, *La sentenza della Corte cost. n. 39 del 2008 in tema di rapporti tra leggi ordinarie e CEDU: anche le leggi cronologicamente precedenti vanno rimosse dalla Corte costituzionale?* Chi scrive ritiene che questo sia piuttosto il segno della volontà della Corte di voler attrarre a sé tutti i casi di contrasto delle leggi italiane con la Cedu.

[684] Nelle sentt. n. 348 e n. 349 del 2007 si ha l'impressione che la Corte costituzionale nella parte in cui è entrata nel merito del giudizio sull'art. 5 *bis* abbia poco difeso le posizioni assunte precedentemente perché motivate da un'interpretazione del diritto di proprietà che all'epoca era più consona ai principi espressi dall'art. 42 Cost. Sembra invece che essa quasi si sia voluta giustificare agli occhi della Corte europea per il mancato adeguamento durante tutto questo periodo.

[685] L'insistenza di dare concreto seguito alle sentenze di Strasburgo è stato più recentemente ribadito nel primo rapporto annuale del 2007 "sullo stato di esecuzione delle sentenze europee" redatto dal Comitato dei ministri e pubblicato sul sito http://www.coe.int/t/cm/home_en.asp.

[686] Espressione mutuata da P. Mahoney, *Marvellous richness of diversity or individious cultural relativism?*, in HRLJ, vol. 19, n. 1, aprile 1998.

preciso i rimedi, vista l'insufficienza testuale degli artt. 41 e 46, porta a ritenere che la Corte costituzionale e i giudici comuni nell'opera di interpretazione adeguatrice devono limitarsi alle sentenze espresse nei confronti dell'Italia. Ciò potrebbe evitare il rischio di favorire l'uniformizzazione *tout court* di principi non maturati consapevolmente all'interno e che sarebbe bene fossero lasciati alla sfera politica più che a quella giuridica.