

Mads Andenas

GIUDICE NAZIONALE E INTERPRETAZIONE EVOLUTIVA DELLA CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Diritto inglese; 2.1. Introduzione; 2.2. Il giudice inglese e lo sviluppo dei diritti convenzionali. – 3. Diritto francese; 3.1. Introduzione; 3.2. Giudice francese e sviluppo dei diritti convenzionali. – 4. Diritto tedesco; 4.1. Introduzione; 4.2. Giudice tedesco e sviluppo dei diritti convenzionali. – 5. Conclusione.

1. INTRODUZIONE

Una delle caratteristiche principali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti, CEDU) è la sua evoluzione dinamica¹. La Corte di Strasburgo ha sostenuto in diverse sentenze che la Convenzione è «uno strumento vivente»², quindi, anche l'interpretazione deve essere «dinamica ed evolutiva»³.

Eguale importante nel sistema convenzionale che ha stabilito la Convenzione è, pertanto, il dovere degli Stati membri di non violare la suddetta evoluzione normativa⁴.

Negli ultimi anni si è posta la questione seguente: questo compito evolutivo del giudice europeo è proprio anche del giudice nazio-

¹ Si veda E. DUBOUT, *Interprétation téléologique et politique jurisprudentielle de la cour européenne des droits de l'homme*, in *Rev. trim. dr. h.*, 2008, p. 383.

² *Tyrer contre Royaume-Uni*, 25 avril 1978, rec. A 26.

³ *Goodwin contre Royaume-Uni*, 11 luglio 2002, GACEDH n°38.

⁴ L'articolo 1 della Convenzione europea così afferma: «*Les Hautes Parties contractantes reconnaissent toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre 1 de la présente Convention*».

nale? Questa domanda ci è sembrata sufficientemente interessante e ancora non chiarita da dedicarvi uno studio delle tre giurisdizioni centrali, cioè il Regno Unito, la Francia e la Germania. Un tale studio sarà necessariamente comparativo, ma al tempo stesso uno studio del sistema convenzionale che ha stabilito la CEDU. «Se ci si volge a studiare i tratti che oggi caratterizzano i sistemi nazionali in Europa, gli ordinamenti giuridici interni tendono gradualmente a perdere le loro caratteristiche tradizionali, ragion per cui ci sembra pertinente studiare i meccanismi di interazione tra gli ordinamenti interni e quelli europei sovranazionali, in particolare il sistema della Convenzione Europea».⁵

Nel presente studio ci sforzeremo, quindi, di indagare se il giudice nazionale inglese, francese e tedesco si cimenti nell'interpretazione evolutiva della CEDU. Al contrario, l'ordinamento italiano non sarà oggetto del presente contributo. Esso, tuttavia, condivide taluni tratti caratteristici dell'ordinamento tedesco, soprattutto in seguito alle note sentenze n. 348 e 349/2007⁶, con le quali la Corte costituzionale italiana ha assunto una posizione simile a quella dell'omologa tedesca, come, del resto, è già avvenuto in passato rispetto al diritto comunitario. Sotto questo profilo, nel testo verrà messo in evidenza che i giudici francesi e inglesi, rispetto ai colleghi italiani e tedeschi, hanno adottato posizioni più "progressiste" nei confronti della CEDU. Da questo punto di vista, auspichiamo che l'orientamento seguito dai giudici francesi ed inglesi possa costituire una fonte di ispirazione anche per altre giurisdizioni nazionali. Una tale ricerca sull'interazione tra i giudici nazionali e la Corte di Strasburgo potrebbe essere svolta sia da un punto di vista nazionale che da un punto di vista internazionale⁷. Al livello nazionale la questione è se, in effetti, le alte giurisdizioni nazionali realizzino o meno questa interazione. Che la Corte di Strasburgo nella sua giurisprudenza esiga che sia dovere degli Stati membri assicurarsi di non recar danno allo sviluppo dei diritti convenzionali è una cosa, che essi lo facciano è tutta un'altra questione.

⁵ M. LASSER, *Judicial Transformations*, Oxford University Press, Oxford 2009, 11.

⁶ V. Sent. 348/2007 e 349/2007, entrambe del 22 ottobre 2007.

⁷ A. STONE SWEET, *Sur la constitutionnalisation de la convention européenne des droits de l'homme: cinquante ans après son installation, la cour européenne des droits de l'homme conçue comme une cour constitutionnelle*, *Rev. trim. dr. h.*, 2009, 923.

Il diritto comparato costituisce, nondimeno, una delle branche più delicate degli studi giuridici; esso esige una comprensione profonda delle regole formali del diritto che caratterizzano i differenti sistemi, e anche la comprensione del contesto sociopolitico generale in cui queste si sono evolute e sviluppate⁸.

Per esempio, esiste il pericolo di ciò che Mitchell Lasser chiama «proiezione parrocchiale»: considerare gli altri sistemi in un'ottica che non tiene conto delle differenze strutturali. Come sarà evidente nella discussione del presente studio si prenderà un'altra strada, quella del vero diritto comparato.

2. DIRITTO INGLESE

2.1. Introduzione

Promulgato nel 1998, lo *Human Rights Act* incorpora i diritti convenzionalmente garantiti nel diritto inglese. L'adattamento è stato realizzato nel rispetto del principio fondante del *common law* secondo cui il Parlamento è sovrano e può legiferare su ogni materia. Nella sezione 2 dello *Human Rights Act*, è competenza del giudice inglese tenere conto della giurisprudenza della Corte (d'ora in avanti, CEDU); la sezione 3, una delle disposizioni chiave della legge, esige che si possa tentare d'interpretare la legge in conformità con la Convenzione. I lavori preparatori, «I diritti ritornano tra di noi: il progetto di legge sui diritti dell'uomo»⁹ fanno valere il fatto che «*The Convention is often described as a "living instrument" because it is interpreted by the European Court in the light of present day conditions and therefore reflects changing social attitudes and the changes in the circumstances of society. In future our judges will be able to contribute to this dynamic and evolving interpretation of the Convention*».

Le grandi decisioni della *House of Lords* – dal 31 ottobre 2009 Corte Suprema – pronunciate dopo lo *Human Rights Act*, mostrano l'inclinazione dei Lords dinanzi alle esigenze della CEDU. L'approccio iniziale alla seconda sezione era prevalentemente di

⁸ P. CRAIG, *Preface*, in B. STIRN-D. FAIRGRIEVE-M. GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, Paris, 2006, 7.

⁹ *Rights Brought Home: The Human Rights Bill, 1997*, Cm 3782, § 2.5.

tipo letterale: la giurisprudenza non ha fatto altro che tener conto delle decisioni della Corte di Strasburgo. Il giudice inglese ha riconosciuto, dopo la sentenza *Ullah*¹⁰, che la sezione 6(1) dello *Human Rights Act* vieta alle autorità «*to act in a way which is incompatible with a Convention right*» e, come dirà Lord Bingham: «*It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less*»¹¹, facendo da cornice alla chiara disposizione di non andare al traino della giurisprudenza della corte europea, ciò che risulta dalla giurisprudenza della Camera dei Lords è l'esortazione «*no more, but certainly no less*»¹².

Anche se questo è senza dubbio vero, l'inverso «*no more*» del principio mostra conferma l'espressione francese «*on ne pouvait pas avoir le beurre et l'argent du beurre*»¹³. Anche se il giudice inglese volesse optare per una interpretazione estensiva dei diritti convenzionalmente garantiti, sarebbe l'eterogeneità della giurisprudenza di Strasburgo ad impedirlo. Ecco perché la Camera dei Lords così afferma nella sentenza *Kay*: «*it does make it all the more important for us to be careful lest taking account of [a decision from the Strasbourg Court] leads us to breach Lord Bingham's rule that national courts should not outpace the Strasbourg court. The "no more" part of the rule is just as important as the "no less" part*»¹⁴. Conformemente alla formula *Ullah*, Lord Bingham giudicherà riguardo al caso *Denbigh* che non è compito delle

¹⁰ *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323.

¹¹ *Ullah*, § 20.

¹² Si veda *R (S) v Chief Constable of South Yorkshire Police* [2004] 1 WLR 2196, § 27 (per Lord Steyn); *Al-Skeini and others v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26; *R (Animal Defenders International) v Secretary of State for Culture Media and Sport* [2008] 2 WLR 781 (per la Baroness Hale).

¹³ M. AMOS, *The Principle of Comity and the Relationship between British Courts and the European Court of Human Rights*, in EECKHOUT-T. TRIDIMAS, *Y.E.L. 2009*, Oxford University Press, Oxford, 2010, 503-533.

¹⁴ *Kay v London Borough of Lambeth* [2006] UKHL 10, § 88 (per Lord Hope).

giurisdizioni nazionali di far evolvere la portata dell'articolo 9 della Convenzione¹⁵.

Il caso *R (Black) v Secretary of State for Justice* ne fornisce un altro esempio¹⁶. Questo caso riguarda l'articolo 5(4) della Convenzione, e fa riferimento alle parole di Lord Bingham nel caso *Ullah* per affermare che la Convenzione è uno strumento internazionale, la cui interpretazione corretta non può essere che l'esposizione autorevole della CEDU¹⁷. Il caso *R (Black)* conferma l'approccio deferente della giurisprudenza *Ullah*, che cede all'eterogeneità della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sfocata e a volte confusa, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si presta spesso a diverse interpretazioni: non è raro che la giurisprudenza della Corte sia descritta dalla Camera dei Lords come «priva di chiarezza»¹⁸, non «univoca»¹⁹ o semplicemente «per nulla convincente»²⁰. Sia nel caso di una scelta deferente che optando per una interpretazione conforme alla giurisprudenza *Ullah* si torna più spesso, almeno così sembra, a scegliere il «denominatore comune», a detrimento dei diritti fondamentali del ricorrente. È stato, tuttavia, necessario trovare un'altra via in situazioni ove la giurisprudenza della Corte europea era sul punto di svilupparsi in modi poco prevedibili²¹.

2.2. Il giudice inglese e lo sviluppo dei diritti convenzionali

La giurisprudenza *In re P* sembra essere approdata ad una soluzione conclusiva²². In questo importante caso, che riguardava l'adozione da parte di una coppia non sposata in Irlanda del Nord, la Camera dei Lords ha fatto uscire la sua giurisprudenza dall'*impasse* della giurisprudenza *Ullah*. I ricorrenti sostenevano di

¹⁵ *R. (on the application of SB) v Denbigh High School* [2006] UKHL 15; [2007] 1 A.C. 100, § 29. Voy. aussi *R. (on the application of Clift) v Secretary of State for the Home Department* [2006] UKHL 54; [2007] 1 A.C., § 48-49, *R. (on the application of Gillan and another)* [2006] UKHL 12.

¹⁶ [2009] UKHL 1, [2009] 2 WLR 282.

¹⁷ *Ullah*, § 20.

¹⁸ Si vedano ad esempio le osservazioni di Lord Nicholls in *N v SSHD* [2005] UKHL 31, [2005] 2 AC 296, § 11 et 14.

¹⁹ *R. (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, § 67 (per Lord Rodger).

²⁰ *N v SSHD* [2005] UKHL 31, [2005] 2 AC 296, § 91 (per Lord Brown).

²¹ D. FELDMAN, *Human Rights*, in L. BLOM COOPER-B. DICKSON-G. DREWRY *The Judicial House of Lords 1879-2009*, Oxford University Press, Oxford, 2009, 552.

²² *In re P (Adoption: Unmarried Couple)* UKHL 38; [2008] 3 WLR 76.

aver subito un trattamento discriminatorio sulla base del loro stato di coppia non sposata.

Sebbene la Corte di Strasburgo non abbia mai giudicato sull'adozione da parte di coppie non sposate, la *Grande Chambre* della Corte aveva affermato che ci fosse (nella sentenza *E.B. contre France*, 22 gennaio 2008) una violazione del combinato disposto dell'articolo 14 e dell'articolo 8, in ragione della distinzione dettata da considerazioni riferite all'omosessualità del ricorrente, operate dalle autorità francesi per respingere la domanda di assenso all'adozione effettuata dal ricorrente. In specie, la corte ha operato un'inversione della giurisprudenza *Fretté contre France*, 26 febbraio 2002, affermando che il margine di discrezionalità non poteva più giustificare la scelta delle autorità su tale questione.

Nell'affare *In re P*, la Camera dei lords ha fatto ricorso alla sezione 6(1) dello *Human Rights Act*, impedendo alle autorità di agire in maniera contraria a un diritto convenzionalmente garantito. Se la legislazione derivata non può essere interpretata in maniera conforme alla CEDU, il giudice deve disapplicarla. In secondo luogo, la Camera dei *Lords* era altresì chiamata a stabilire se la legislazione derivata fosse, in concreto, contraria ai diritti garantiti dalla CEDU. Sebbene la maggioranza fosse d'accordo sull'esistenza di un'incompatibilità, vi era disaccordo tra i *Lords* quanto alla misura di tale incompatibilità.

C'è stata una vera discriminazione e, in caso affermativo, era questa giustificabile? Per rispondere i Lords esordiscono col sottolineare l'assenza di una giurisprudenza della CEDU direttamente riguardante la questione dell'adozione da parte di coppie non sposate. Tre *Law Lords* — Lord Hoffmann, Lord Mance e Lord Hope — hanno ritenuto sussistente una discriminazione contraria alla Convenzione. Al contrario, la *Baroness Hale* non era d'accordo, sottolineando la citata carenza di segnali univoci da parte della CEDU. Inoltre, ella proseguiva con il mettere in risalto il fatto che la CEDU ha sempre lasciato alle autorità di ciascuno degli Stati Parti un certo margine di discrezionalità al riguardo. Di colpo, affermava la Baronessa, la Corte non giudicava la prescrizione discriminatoria in maniera ingiustificabile. Sebbene fosse convinta che la questione potesse essere considerata rientrante nei limiti del margine di apprezzamento, questo non poteva escludere che la Camera dei Lords giudicasse, in concreto, che la legislazione in questione fosse comunque discriminatoria. Su tale punto si è realizzato l'accordo anche con i Lord Hoffmann, Lord Mance et Lord Hope. La

maggioranza dei *Lords* fu d'accordo anche sul fatto che la discriminazione non era giustificabile, come la regola privata della proporzionalità. Nel suo giudizio Lord Hoffman afferma che «*[e]ven if the court considers that an applicant couple pass all these tests — that adoption by them is plainly in the best interests of the child, that the child wishes to be adopted, that their relationship is loving, stable and harmonious — [...] the court is bound to refuse the order and take a course which, ex hypothesi, is not in the best interests of the child on the sole ground that the applicants are not married*»²³.

Così la Camera dei *Lords* conclude che la legislazione non poteva essere applicata essendo contraria ai diritti convenzionalmente garantiti. Detta sentenza dimostra chiaramente che, sebbene sia possibile e probabile che la Corte europea giudicherà a detrimento dei diritti dei ricorrenti, il giudice inglese non è obbligato a farlo. Ancora Lord Hoffmann: «*The margin of appreciation is there for division between the three branches of government according to our principles of the separation of powers. There is no principle by which it is automatically appropriated by the legislative branch. It follows, my Lords, that the House is free to give, in the interpretation of the 1998 Act, what it considers to be a principled and rational interpretation to the concept of discrimination on grounds of marital status*»²⁴.

Nel caso in cui la Corte europea decida che la questione è inclusa nei limiti della discrezionalità delle autorità statali, spetta al giudice inglese decidere come i diritti convenzionalmente garantiti si applichino nel contesto inglese; si può affermare, quindi, che tali diritti sono attribuiti non dal giudice europeo ma solo da quello inglese.²⁵

3. DIRITTO FRANCESE

3.1. Introduzione

Il ruolo che gioca la Convenzione europea nel diritto francese deriva dalla combinazione di più fattori, e su questo non ci dilun-

²³ *In re P* § 11.

²⁴ *In re P*, § 36-37.

²⁵ J. HERRING, *Who Decides on Human Rights?*, in *Law Quarterly Review*, 2009, 1.

gheremo in questa sede. Per quanto concerne il diritto francese la CEDU garantisce degli standard minimi, al di là del quale il giudice francese è libero di spingersi, ove richiesto dal diritto interno²⁶.

Una lettura dell'integrazione tra la Convenzione e il diritto è proposta da Bernhard Stirn, Duncan Fairgrieve e Mattias Guyomar, nella loro opera a volte erudita ed eloquente *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*²⁷. Questa lettura è un tritico chiaro che stipula le tre ipotesi dinanzi alle quali si può trovare il giudice francese nell'applicazione interna della Convenzione.

Nella prima ipotesi il giudice francese si trova davanti ad una compatibilità tra diritto francese e diritto convenzionale, come interpretato dalla Corte. Siccome la maggior parte dei diritti convenzionali hanno il loro equivalente nel diritto francese, la prima ipotesi è anche la più diffusa. Se la norma interna è compatibile con quella convenzionale, tale situazione non pone problemi particolari; in tal caso, infatti, il giudice interno procede semplicemente all'applicazione del diritto francese alla luce delle esigenze della CEDU²⁸. La seconda ipotesi concerne il caso di una norma interna radicalmente incompatibile con la norma convenzionale. Il giudice sarà condotto, quindi, ad escluderne l'applicazione, nell'ambito del sindacato di compatibilità con la CEDU. Nella terza ipotesi, il giudice francese si trova a conoscere di un caso in cui il diritto interno, pur senza essere radicalmente incompatibile con la Convenzione, è insufficiente a rispettarne tutte le prescrizioni. Il giudice dovrà allora procedere ad un'applicazione combinata delle norme, cosicché il diritto convenzionale venga a sopperire l'incompatibilità per difetto della norma interna. In tal caso, il giudice è condotto a censurare alcune decisioni individuali che sarebbero perfettamente legali secondo il diritto interno ma vanno a detrimento di diritti convenzionalmente garantiti. Vi è, dunque, una complementarità tra il diritto interno e la Convenzione europea.²⁹

²⁶ F. SUDRE, *La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux*, in R. CABRIALLAC-M.A. FRISON ROCHE-T. REVET, *Libertés et droit fondamentaux* Dalloz, 15^{ième} édition, Paris, 2009, 41.

²⁷ B. STIRN-D. FAIRGRIEVE-M. GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, Paris, 2006, 241-250.

²⁸ *Ivi*, 248.

²⁹ *Ivi*, 250. J. HERRING, *Who Decides on Human Rights?*, cit., 1.

Al di là di queste tre ipotesi, vi sono certo alcuni *revirements* pretori che possono essere definiti una sorta di «attacchi preventivi». Su questi si concentrerà la nostra analisi nella parte seguente.

3.2. Giudice francese e sviluppo dei diritti convenzionali

Il giudice francese utilizza in pieno il metodo della CEDU per interpretare la Convenzione; così, grazie alla giurisprudenza, la Convenzione diviene uno strumento vivente per la protezione effettiva di diritti fondamentali. Questo è corroborato dalla giurisprudenza della Corte di cassazione sull'articolo 6 della Convenzione in materia fiscale³⁰. Nel caso *Klockner*, la Corte di cassazione ha giudicato, ben prima della CEDU, che l'articolo 6(1) della Convenzione era applicabile nelle controversie in materia fiscale.

Tuttavia, è rispetto ai diritti dei detenuti che questo sviluppo interpretativo si è mostrato più impressionante. Non è fuori luogo in tale materia citare per prima cosa la CEDU³¹. Nell'insieme, il giudice amministrativo francese si è unito alla CEDU nel far evolvere i diritti convenzionali in materia di diritti dei detenuti. Facendo leva sulle conclusioni del commissario del governo Mattias Guyomar³², l'audace giurisprudenza delle sentenze *Planchenault-Boussouar* ne rappresenta l'esempio più pertinente³³. In entrambi questi due casi si trattava di misure concernenti gli affari interni.

Com'è noto, per quanto gli atti del governo sono spesso decisioni importanti per via dei loro autori, per la loro natura e portata, le misure interne sono tradizionalmente all'altro estremo del potere politico-amministrativo. L'ambito extra-pretorio delle misure in materia interna è stato classificato da Guy Braibant nella categoria delle «zone di non-ricorso», ed è in corso di riduzione a seguito di una inversione della giurisprudenza del Consiglio di stato³⁴. Tornando su una decisione del Guardasigilli Ministro della

³⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA-L. SERMET, *Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'homme*, RFDA, 2009, 715.

³¹ C. VIGOUROUX, *La valeur de la justice en détention*, AJDA, 2009, 403.

³² M. GUYOMAR, *Conclusions sur Conseil d'État, Assemblée, 14 décembre 2007, M. Planchenault (1re espèce), et Garde des sceaux, ministre de la Justice c/ M. Boussouar (2e espèce)*, RFDA, 2008, 87.

³³ M. Planchenault, req. no 290420, AJDA, 2007, 2404 ; CE Ass. 14 déc. 2007, Boussouar, no. 290730, concl. M. GUYOMAR, RFDA, 2008, 87.

³⁴ G. BRAIBANT, *Le droit administrative français*, Dalloz-Sirey, 7^{ième} édition, Paris, 2005, 264.

Giustizia contro M. Remli su una sentenza del 1996, che è valsa alla Francia una condanna da parte della CEDU³⁵, il Consiglio di stato ha stabilito che l'isolamento di un detenuto contro la sua volontà è una decisione che può essere impugnata per eccesso di potere³⁶. La giurisprudenza *Planchenault-Boussouar* rappresenta dunque lo sviluppo ultimo degli sforzi del Consiglio di stato di mettere, in virtù dell'interpretazione evolutiva, il dominio dei provvedimenti di polizia a favore dei provvedimenti che non attentano ai diritti degli amministrati³⁷.

Nelle sentenze *Boussouar* e *Planchenault*, il Consiglio di stato si è pronunciato su due questioni riguardanti misure di polizia, cioè il trasferimento di un detenuto da una *maison centrale* a una *maison d'arrêt* [due diversi tipi di carcere esistenti in Francia, il primo per pene superiori a dieci anni, il secondo per pene inferiori o per detenuti in attesa di giudizio, *N.d.T.*] e il declassamento di impiego di un detenuto cuoco, oggetto di trasferimento da ausiliario di cucina a uno dei servizi generali, configurabile come demansionamento.

Facendo leva sulla Convenzione, l'assemblea ha affermato che, poiché le due misure si traducono in un peggioramento delle condizioni di detenzione, tali atti amministrativi sono suscettibili di ricorso per eccesso di potere. Nelle sue conclusioni il commissario di governo ha affermato che «in primo luogo l'evoluzione della giurisprudenza proposta prolunga quanto acquisito nella sentenza *Marie-Remli* e ci sembra premunire la Francia contro ogni condanna da parte della Corte di Strasburgo. Le due logiche di controllo — la vostra e quella della Corte europea — non coincidono esattamente. Il tener conto della giurisprudenza europea vi conduce in certa misura ad andare al di là di quanto dalla Corte richiesto nell'ambito del suo controllo *a posteriori* e *in concreto*. [...] Rifiutare di controllare le decisioni oggi contestate porta ad accettare di chiudere gli occhi in attesa che li si apra per voi a Strasburgo. Non è questa la concezione che abbiamo del vostro incarico. ... inoltre allargando l'accesso al vostro pretorio, conferite la sua piena portata al carattere sussidiario del controllo della corte europea, che

³⁵ 27 gennaio 2005, *Ramirez Sanchez contre France*.

³⁶ *Kherouaa*, *AJDA*, 1992, 833; *Hyver* CE 10 Oct. 1990; *Marie and Hardoun* CE Ass. Plén. 17 Feb. *AJDA*, 1995, pp. 420-421 ne fornisce i primi esempi.

³⁷ B. STIRN-D. FAIRGRIEVE-M. GUYOMAR, *Droits et libertés en France et au Royaume-Uni*, Odile Jacob, Paris, 2006, 58.

prende in carico le istanze nazionali di verifica del rispetto dei diritti convenzionalmente garantiti».

Con la giurisprudenza *Planchenault-Boussouar*, completata dalle decisioni *Rogier*³⁸ e *Section française de l'Observatoire international des prisons*³⁹, dove il Consiglio di stato ha affermato che una decisione di messa in isolamento di un detenuto, quale che ne sia lo scopo, può essere contestata in ogni caso davanti al giudice amministrativo, il Consiglio di stato ha intrapreso la via dell'interpretazione costruttiva ed evolutiva. A volte, espandendo il proprio *prétoire*, il Consiglio di stato ha egualmente mostrato la sua considerevole forza di attacco preventivo giurisprudenziale, mettendo la Francia al riparo da ogni contestazione della CEDU.

4. DIRITTO TEDESCO

4.1. Introduzione

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo è recepita dall'ordinamento giuridico tedesco tramite una legge di esecuzione.⁴⁰ La Corte costituzionale federale si è basata, negli anni '80, sul sistema convenzionale interpretando i diritti fondamentali presenti nella Costituzione tedesca. Così le questioni relative ai diritti convenzionali nel diritto tedesco non si sono poste al livello di stabilire se la norma nazionale e quella europea siano o meno incompatibili. È piuttosto una questione di equilibrio tra norme convenzionalmente e costituzionalmente garantite, dove le ultime oltrepassano il diritto europeo, e di come far quadrare il tutto con la Convenzione.⁴¹

Ciò posto, talune questioni controverse si pongono al livello di come l'interpretazione del catalogo nazionale dei diritti fonamen-

³⁸ 9 aprile 2008.

³⁹ 17 dicembre 2008.

⁴⁰ Gesetz über die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. 1952 II, 685.

⁴¹ W. KAHL, *Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik: von Modifikationen und Erosionen des grundrechtlichen Freiheitsparadigmas*, *Archiv für öffentliches Recht*, 2006, 579; H. SAUER, *Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtjudikatur*, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht*, 2005, 35; H.-G. DEDERER, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums*, *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht*, 2006, 575; S. MÜCKL, *Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen BVerfG und EGMR*, *Der Staat*, 2005, 403.

tali deve essere ispirato dalle norme convenzionali. Si può affermare che la relazione tra la giurisprudenza della CEDU e quella della Corte costituzionale federale su tale questione è dialogo improntato ad un costruttivo dialogo. In conformità con il cosiddetto principio di fedeltà al diritto internazionale pubblico, la «*Völkerrechtsfreundlichkeit*», dedotta dagli articoli 23, 24, 25 al. 2, 59 al. 2, 24 al. 3 et 26 della Legge fondamentale, la Corte costituzionale federale utilizza la CEDU come un ausilio per l'interpretazione. La Corte ha affermato nel caso *Görgülü* che «la Legge fondamentale conferisce al nocciolo duro dei diritti internazionali dell'uomo una protezione particolare. [...] da così tanto tempo che nell'ambito della metodologia giuridica in vigore, anche se resta aperto un margine di discrezionalità per l'interpretazione e l'applicazione, i tribunali tedeschi sono tenuti a privilegiare l'interpretazione conforme alla Convenzione»⁴².

4.2. Giudice tedesco e sviluppo dei diritti convenzionali

Poiché la Convenzione europea è recepita per legge, alcuni problemi si pongono al livello del principio della *lex posterior*. La Corte costituzionale federale ha stabilito, nel caso *Görgülü*, che il giudice tedesco deve interpretare il diritto interno sulla base di una sorta di presunzione di conformità del legge diritto interno con il diritto internazionale. Il principio *lex posterior* può essere invocato solo qualora il legislatore ha esplicitamente affermato di voler derogare la Convenzione europea; ne risulta una interpretazione conforme alla Convenzione, una «*konventionskonforme Auslegung*»⁴³. Nondimeno, il catalogo dei diritti della CEDU gioca un ruolo poco importante nel diritto tedesco rispetto ad altri ordinamenti interni europei⁴⁴. La ragione, come adesso diremo, è in primo luogo il fatto che la Legge fondamentale stessa ne contiene uno altrettanto avanzato, il che rende la Convenzione, agli occhi dei giuri-

⁴² BVerfGE 111, 307, § 61-62 (interpretazione ufficiale).

⁴³ C. WALTER, *Nationale Durchsetzung*, in R. GROTE-T. MARAUHN, *EMRK/GG: Konkordanzkommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, 1664.

⁴⁴ E.L. ABDELGAWAD, *The Reception Process in France and Germany*, in H. KELLER-A. STONE SWEET, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008, 158-159.

sti tedeschi, quasi un pleonasmo. D'altronde vi è una certa reticenza del giudice tedesco ad adattarsi ai regimi internazionali⁴⁵.

Nel caso *Görgülü*, la Corte costituzionale federale ha tracciato i confini dei più importanti principi sulla relazione tra il diritto tedesco e la Convenzione europea. *Görgülü* è stata la prima sentenza dove la Corte costituzionale federale ha affermato che l'individuo può farvi ricorso in una materia convenzionale. La Corte, inoltre, ha sottolineato la grande importanza dei giudizi della CEDU, in quanto indice dello sviluppo degli *standards* della Convenzione⁴⁶. I giudici di Karlsruhe hanno però anche affermato che le decisioni della CEDU sono *res judicata*; al contrario per gli Stati Membri diversi dallo stato convenuto non hanno che una forza di legge limitata. Per estensione, il giudice tedesco non deve far altro che rispettarle, «*berücksichtigen*»⁴⁷. Da un lato, quindi, la giurisprudenza *Görgülü* traccia i confini di un approccio alla Convenzione molto «internazionalista», dall'altro quello di un principio di sovranità costituzionale tedesca⁴⁸. Questo doppio discorso sarà sviluppato nella giurisprudenza *Lissabon-Urteil*⁴⁹.

Nel caso *Conservazione dei dati*⁵⁰, la Corte costituzionale federale ha annunciato la sua decisione sulla costituzionalità della legge tedesca che recepiva la Direttiva dell'Unione europea sulla conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura dei servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o delle reti pubbliche di comunicazione⁵¹. In questo caso viene discussa la questione se la legge interferisca con l'articolo 10 della Legge fondamentale, sulla inviolabilità del segreto di corrispondenza come con il segreto postale e delle telecomunicazioni. Benché il problema della incompatibilità della legge con gli articoli 8 e 10 della CEDU sia stato sollevato dai ricorrenti, la Corte costitu-

⁴⁵ C. WALTER, *Nationale Durchsetzung*, cit., 1665.

⁴⁶ *Ivi*, § 38.

⁴⁷ *Ivi*, §50.

⁴⁸ E.L. ABDELGAWAD, *The Reception Process in France and Germany*, cit., 133.

⁴⁹ BVerfGE 2/08. Voy., J.-H. REESTMAN, *The Lissabon-Urteil: The Franco-German Constitutional Divide*, *European Constitutional Law Review*, 2009, 374.

⁵⁰ BVerfGE 256/08.

⁵¹ *Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE.*

zionale federale si è limitata a trattare la questione diritto esclusivamente sotto il profilo costituzionale interno.

Definita dal presidente della Corte costituzionale federale, Hans-Jürgen Papier, come «una delle decisioni più importanti della mia presidenza»⁵², la sentenza ha effettivamente annullato la legge in questione. La Corte ha, in questa importante decisione, giudicato che la legge si poneva con la Legge fondamentale in un contrasto «molto grave, con una portata fino ad allora sconosciuta al nostro sistema giudiziario»⁵³. Trovando in deficit il sistema stabilito per legge, la Corte ha affermato che la legge non era proporzionale e di conseguenza era incostituzionale. Questo naturalmente non senza che la questione del rapporto tra diritto nazionale ed internazionale pesasse in maniera rilevante.

La Corte costituzionale federale si dichiarò, nella sua sentenza *Solange II*⁵⁴, per principio incompetente a giudicare della compatibilità di un atto del diritto comunitario, fino a quando la Comunità europea avesse offerto una protezione equivalente dei diritti fondamentali a quella garantita dalla Legge fondamentale. La Corte affermò così la sua volontà di conformarsi alle esigenze del diritto comunitario.⁵⁵

Una scelta di non intervenire viene dunque giustificata nel caso *Conservazione dei dati* come in *Solange II*, ma non senza correre il rischio di fare del diritto comunitario la porta stretta per l'emanazione di una normativa che, altrimenti, sarebbe dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale federale⁵⁶. La Corte ha scelto di non affrontare il disposto dalla direttiva, tralasciando la legge tedesca che andava oltre i requisiti della direttiva stessa. Così la giurisprudenza *Solange II* è stata rispettata, mantenendo l'integrità differenziata dallo sviluppo del diritto comunitario⁵⁷. Senza nulla dire sulla validità della stessa Direttiva, la Corte ha sottolineato che «il fatto che le riprese dei cittadini non possano essere registrate e conservate in maniera integrale è parte

⁵² H.-J. PAPIER, *Gegen die Totalkontrolle*, *Süddeutsche Zeitung*, 3 mars 2010.

⁵³ *Conservation des données*, § 210.

⁵⁴ BVerfGE 73, 339, § 4.

⁵⁵ Reiterata in *Conservation des données*, § 181.

⁵⁶ C. DE SIMONE, *Pitting Karlsruhe Against Luxembourg? German Data Protection and the Contested Implementation of the EU Data Retention Directive*, *German Law Journal*, 2010, 316.

⁵⁷ *Ibid.*

dell'identità costituzionale tedesca, che la Germania deve preservare a livello nazionale ed internazionale»⁵⁸. Nondimeno, la sentenza *Conservazione dei dati* merita interesse più per ciò che essa non dice sulla CEDU, piuttosto che per ciò che dice. Benché, come detto in precedenza, i ricorrenti facessero valere il fatto che la legge arrecava danno ai diritti convenzionalmente garantiti, la Corte costituzionale federale non ha fatto ricorso alla convenzione nella sua sentenza⁵⁹.

Questo non è avvenuto per caso, ma per le seguenti ragioni. Come si vedrà, il giudice tedesco deve dare la precedenza all'interpretazione che meglio si accorda con i diritti convenzionali, a condizione che gli *standards* applicabili lascino una possibilità per l'interpretazione e la ponderazione degli interessi concorrenti. Vi è una seconda condizione affermata dalla giurisprudenza *Görgülü*: «La disposizione della Convenzione, quale viene interpretata dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo, deve in ogni caso essere integrata al processo che conduce a prendere una decisione, e il tribunale la deve considerare come essa merita. Se nel frattempo la situazione si è modificata o si tratta di una situazione differente, i tribunali dovranno determinare in che cosa consista la violazione alla Convenzione secondo la Corte europea dei Diritti dell'uomo e per quali ragioni il nuovo stato di fatto non ne permetta l'applicazione al caso di specie. Facendo questo sarà sempre importante sapere egualmente in che modo la considerazione della decisione della Corte europea dei Diritti dell'uomo si presenta all'interno del sistema giuridico dell'ambito del diritto interessato. Anche al livello del diritto federale la Convenzione non si trova automaticamente posta al di sopra delle altre norme del diritto federale, soprattutto se esse non sono state oggetto di una decisione della Corte europea dei Diritti dell'uomo»⁶⁰. *Conservazione dei dati* va nella stessa direzione.

Nondimeno, come abbiamo avuto occasione di sottolineare, la dottrina affermata da *Görgülü* e dopo da *Conservazione dei dati* non significa che la Corte costituzionale federale si spogli della re-

⁵⁸ Conservazione dei dati, § 218.

⁵⁹ La Direttiva viene accusata dalla dottrina di mancare di proporzionalità, si veda ad es. BREYER, *Telecommunications Data Retention and Human Rights: The Compatibility of Blanket Traffic Data Retention with the ECHR*, *European Law Journal*, 2005, 375.

⁶⁰ *Görgülü*, § 62.

sponsabilità di salvaguardare, da buon «guardiano della costituzione», i diritti fondamentali nel caso che la CEDU non abbia avuto l'occasione di giudicare in un caso simile. Dato il rigoroso inventario dei diritti fondamentali presente nella Legge fondamentale è stato inutile per la Corte costituzionale federale trovare un supporto, se non in modo implicito, nella giurisprudenza di Strasburgo. Con la sua robusta tradizione di protezione dei diritti fondamentali⁶¹, la Corte di Karlsruhe non ha avuto bisogno nel caso *Conservazione dei dati* di servirsi della Convenzione europea per rigettare la legge in questione.

5. CONCLUSIONE

I tre sistemi nazionali che abbiamo analizzato nel presente studio interpretano effettivamente la Convenzione europea evolutivamente, in modo non soltanto chiaro, ma anche rilevante in tre direzioni distinte. Naturalmente i tre sistemi sono diversi, la loro «*path dependency*» detta traiettorie diverse di interazione con il sistema europeo. Nondimeno si assiste alla stessa dinamica nel diritto inglese, francese e tedesco: la Convenzione europea è divenuta uno «strumento vivente»⁶² nelle mani del giudice nazionale. Il giudice inglese vede i diritti convenzionali inglesi come il *pendant* dei diritti europei. Da parte sua il giudice francese interpreta, in modo del tutto disinibito, i diritti convenzionalmente garantiti nel contesto del diritto nazionale. Il giudice tedesco contribuisce allo sviluppo dei diritti convenzionali con la sua interpretazione evolutiva, convenzionalmente ispirata, del catalogo esteso dei diritti fondamentali nazionali.

In conclusione, abbiamo mostrato come la risposta alla questione se nel diritto inglese, francese e tedesco il giudice nazionale interpreti la Convenzione europea in maniera evolutiva sia, senza alcun equivoco, affermativa.

⁶¹ BVerfGE 357/05 ne fornisce un altro esempio recente.

⁶² *Tyrer vs. UK*, 25 aprile 1978, racc. A 26.