

Dirittifondamentali.it - Fascicolo 2/2016

Data di pubblicazione: 12.10.2016

Il cambiamento della Costituzione attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell' uomo.*

di

Matthias Herdegen *

SOMMARIO: I. "Cambiamento della Costituzione" come nuova sfida attraverso e per la giurisprudenza della Corte EDU. - II. L' aumentata ricettività della Convenzione EDU e l' orientamento giurisprudenziale della Corte EDU. - III. Cambiamento della Costituzione stimolato dalla Convenzione e struttura politica. - IV. Rivalutazione delle decisioni incidenti sul diritto dello Stato attraverso il sigillo del significato formativo dell' identità. - V. Interpretazione "evolutiva" della Convenzione EDU. - VI. Modelli di orientamento giuridico-convenzionali della comunità costituita giuridicamente. - VII. Plagi per gli sviluppi costituzionali nei singoli Stati membri della Convenzione.

I. "Cambiamento della Costituzione" come nuova sfida attraverso e per la giurisprudenza della Corte EDU.

Soltanto nei tempi più recenti quello del "cambiamento della Costituzione" che muove dalla Convenzione Europea dei diritti dell' Uomo (CEDU) è in generale un tema per il diritto dello Stato e la tutela europea dei diritti dell' uomo. La ragione sta in ciò, che soltanto da alcuni anni la giurisprudenza di Strasburgo accede (zugreift) in un fronte ampio a principi e strutture che toccano il profilo dell' ordinamento costituzionale e riguardano decisioni di orientamento nella vita specifica del diritto dello Stato.

Con il coraggio della limitazione selettiva siano qui selezionati soltanto alcuni esempi. Da qualche tempo la Corte di Strasburgo si interessa, nel quadro del cd.

* Relazione svolta all'incontro scientifico sul tema dal titolo: "I mutamenti costituzionali attraverso la giurisprudenza europea", Cassino, 12 e 13 maggio 2016. Traduzione del Prof. Vincenzo Baldini

* Professore di diritto costituzionale, Università di Bonn.

efficacia verso terzi di diritti convenzionali o di obblighi contrattuali di Stati della Convenzione, della collisione di interessi costituzionali concorrenti, per es. del conflitto dei diritti della comunicazione con la tutela della vita privata e familiare¹, della revoca dei rapporti di lavoro attraverso comunità religiose e simili imprese di tendenza². In tal modo la giurisprudenza della Corte EDU tara in modo nuovo non soltanto l'ordinamento dei diritti fondamentali ma anche il diritto ecclesiastico.

In relazione alla limitazione dell'accesso alla televisione e ad altri mezzi di comunicazione di massa per la comunione di interessi (per il cartello), la Corte EDU decide sulla distribuzione della forza sociale anche con implicazioni per la formazione del pensiero politico e della volontà politica. La giurisprudenza sul divieto dei partiti fondamentalisti in Turchia³ o la giurisprudenza sugli ostacoli alti (clausole di sbarramento) per l'elezione del parlamento⁴ riguardano questioni fondamentali dell'organizzazione dello Stato.

La giurisprudenza sulla tutela dei richiedenti asilo e degli altri profughi contro l'espulsione o il rimpatrio (*Rücküberstellung*) o l'accompagnamento in altro Stato ha condotto a scossoni (moralì) teutonici del regime europeo dell'asilo⁵. La Corte di Strasburgo ha qualificato –per molti in modo sorprendente– come un'espulsione collettiva vietata il rimpatrio di profughi, che la Marina italiana aveva raccolto in alto mare ed aveva passato al Paese (di origine) (art. 4 del Protocollo n. 4)⁶. Ciò porta in modo piuttosto sensibile immaginabili opzioni di attività nel quadro dell'attuale crisi dei profughi.

¹ EGMR, *von Hannover ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 59320/00, paras 48 ff.; EGMR (Große Kammer), *Axel Springer ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 40660/08 und 60641/08, paras 84, 89 ff.

² EGMR, *Obst ./. Deutschland*, Beschwerde-Nr. 425/03, paras 39 ff..

³ EGMR, *Refah Partisi [Wohlfahrtspartei] u.a. ./. Türkei*, Beschwerde-Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 31344/98, paras 90 ff., 119..

⁴ EGMR (Große Kammer), *Yumak und Sadak ./. Türkei*, Beschwerde-Nr. 10226/03, paras 110 ff.

⁵ EGMR (Große Kammer), *M.S.S. ./. Belgien und Griechenland*, Beschwerde Nr. 30696/09, paras. 338 ff., 362 ff.

⁶ EGMR (Große Kammer), *Hirsi Jamaa u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 27765/09, paras 70 ff.

Nel Regno Unito la riforma della Giustizia, con l'abolizione della Camera dei Lord come collegio giudicante di natura giudiziaria, potrebbe essere ricondotta alla preoccupazione, che la Corte EDU possa vedere nell'attuale sistema una violazione dell'art. 6 c. 1, della Convenzione EDU.

Qualche "mutamento costituzionale" è causato soltanto in modo mediato dalla giurisprudenza di Strasburgo e si radica in primo luogo nella reazione dei giudici nazionali o del legislatore nazionale alla giurisprudenza di Strasburgo. A tanto appartiene la rottura della forza giuridica di decisioni del *Bundesverfassungsgericht*, che deve consentire una correzione della prassi decisionale del giudice costituzionale alla luce di una nuova decisione della Corte di Strasburgo⁷.

In modo ampio interviene nell'organizzazione dello Stato la giurisprudenza sugli standard necessari fissati per la costituzione del giudice ed il procedimento giudiziario. Secondo il giudizio consolidato della Corte EDU la Francia doveva configurare in modo nuovo la partecipazione del *commissaire du gouvernement* e del *avocat général* in Francia. Anche le decisioni sulla contestazione della giurisdizione militare in Turchia o della istanza competente al richiamo del giudice del grado massimo in Ucraina toccano strutture fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Il riconoscimento di un diritto di sciopero per i funzionari pubblici ed altri pubblici dipendenti con una stretta eccezione funzionale tocca, per es., principi portati in Germania del pubblico impiego, a cui la Legge fondamentale fa rinvio (art. 33 c. 5).

⁷ BVerfGE 128, 326.

II. L' aumentata ricettività della Convenzione EDU e l' orientamento giurisprudenziale della Corte EDU.

Un mutamento costituzionale attraverso la giurisprudenza della Corte EDU presuppone un alto grado di ricettività di una giurisprudenza per gli standard della Convenzione europea e per il suo relativo sviluppo. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo penetra nel modo più forte nell' ordinamento giuridico fondamentale se la Convenzione EDU vale in modo immediato con il rango (di atto) costituzionale. Ma anche il principio dell' interpretazione conforme a convenzione anche della Costituzione è un efficace meccanismo di conformazione e trasformazione del diritto costituzionale attraverso gli standard della Convenzione. Ciò vale in particolare per la variante dell' interpretazione concordante, che si riferisce a garanzie parallele, come esso vale secondo la Carta dei diritti fondamentali dell' Unione europea (art. 51 c. 3). Nella Repubblica federale tedesca il Tribunale costituzionale federale pratica una variante meno stringente, cioè l' uniformità soltanto nel risultato⁸.

L'ampiezza dell' interpretazione conforme a convenzione si connette in modo decisivo allo standard di metodo dell' interpretazione costituzionale. La grande elasticità dell' interpretazione costituzionale spalanca il portone ad un cambiamento della Costituzione orientato dalla Convenzione. Lettera e volontà storica del legislatore costituzionale non giocano più alcun ruolo dominante per l' esegesi costituzionale, l' interpretazione costituzionale conforme a convenzione si può sviluppare quasi senza limiti. Ciò vale all' interno della Costituzione tedesca soprattutto per i diritti fondamentali e la determinazione degli scopi dello Stato, come in particolare il principio dello Stato di diritto. In Germania il riguardo per gli standard della Convenzione EDU è stato catalizzato soprattutto attraverso ciò, che alla professione di inalienabilità ed inviolabilità dei diritti dell' uomo di cui all' art. 1 c. 2 della Legge fondamentale è concessa un

⁸ BVerfGE 128, 326 (370).

immediato valore come principio operativo e questa dichiarazione non è ridotta soltanto ad una norma programmatica⁹.

Naturalmente ci sono contro modelli. In modo particolarmente forte è marcata nella federazione russa la difesa in via di principio di un cambiamento costituzionale orientato dalla convenzione. Lì sta ogni attuazione delle sentenze della Corte EDU sotto la riserva che esse è compatibile con il diritto costituzionale russo.

III. Cambiamento della Costituzione stimolato dalla Convenzione e struttura politica.

L'apertura di un cambiamento della costituzione stimolato dalla Convenzione si connette anche al contesto politico. Ordinamenti statali, in relazione ad i quali gli organi politici sono disciplinati nel senso di direttive di azione giurisdizionale, daranno spazio in principio anche a direttive dei giudici internazionali. Ciò vale soprattutto se alla cultura politica di un Paese appartiene l'alta sensibilità per gli obblighi derivanti da trattati internazionali. Entrambi i presupposti si ritrovano nella Repubblica Federale di Germania. Qui il Parlamento è abituato a lasciarsi dettare nella penna persino programmi di azione legislativa da un giudice costituzionale forte. Il principio fondamentale dell' "apertura al diritto internazionale" ("*Völkerrechtsfreundlichkeit*") è un pilastro ai fini della comprensione tedesca della Costituzione¹⁰.

Un altro/a giudizio/critica è indicato/a in Stati nei quali domina un parlamentarismo consolidato e consapevole o la manifestazione immediata/diretta della volontà popolare è considerato come il massimo livello di legittimità. Qui la relazione di *master* ed *agent* in rapporto a giudici nazionali ed internazionali si rappresenta in modo diverso che nel sistema della

⁹ BVerfGE 111, 307 (329).

¹⁰ M. Herdegen, *Völkerrecht*, 15. Aufl. 2016, § 22 Rn. 8 ff.

Repubblica federale di Germania o anche dell' Unione europea. Ciò spiega anche perché in Stati della Convenzione come la Svizzera ed il Regno Unito sono catalizzate come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo intesa come ingerenze nella sostanza del diritto dello Stato spesso catalizza meno un cambiamento costituzionale quanto, piuttosto, causa veementi opposizioni contro l' attuazione della stessa nel diritto statale interno. Sia qui fatto richiamo alla critica secca proveniente dalla Camera Bassa inglese al giudicato sul diritto elettorale di colpevoli di reato (delinquenti, rei) (*caso Hirst c/ Regno Unito*¹¹⁾¹² O l' iniziativa popolare "diritto dello Stato prima del diritto internazionale" nella Svizzera. Dal punto di vista degli Stati che sono solerti nel dare attuazione alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo ciò è tanto più sorprendente in quanto lo sviluppo della Convenzione EDU finora né in Svizzera né nel Regno Unito ha imposto spostamenti tettonici nell' architettura del diritto statale.

IV. Rivalutazione delle decisioni incidenti sul diritto dello Stato attraverso il sigillo del significato formativo dell' identità.

In tempi più recenti si delinea una strategia di conciliare determinare decisioni riguardanti il diritto dello Stato e i principi fondamentali con il sigillo della formazione dell' identità e così di isolare contro influenze provenienti dal sistema della convenzione EDU. Questa strategia mostra anche un certo successo. Nel caso *Lautsi c/ Italia*¹³ il governo italiano ha fatto valere che la preghiera scolastica ha per l' Italia un significato di natura culturale¹⁴ ed ha con ciò evidentemente impressionato la Grande Camera della Corte di Strasburgo.

¹¹ EGMR (Große Kammer), *Hirst ./. Vereinigtes Königreich* (No. 2), Beschwerde-Nr. 74025/01, paras 56 ff.

¹² <<http://researchbriefings.parliament.uk/ResearchBriefing/Summary/CBP-7461#fullreport>> (Abruf vom 10. Mai 2016).

¹³ EGMR (Große Kammer), *Lautsi u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 30814/06.

¹⁴ EGMR (Große Kammer), *Lautsi u.a. ./. Italien*, Beschwerde-Nr. 30814/06, paras 36 ff., 67 ff.

L'assemblea nazionale francese ha sostenuto il divieto legislativo del Burka nel pubblico con una deliberazione assunta all'unanimità, che mette questo divieto in una stretta connessione con i valori fondamentali della rivoluzione francese. In questa prospettiva, una critica attraverso la Corte di Strasburgo avrebbe toccato i cardini dell'ordinamento giuridico francese. Ciò può forse chiarire perché la Corte EDU con il divieto francese del Burka giustamente ha eluso in modo indulgente e ha trovato una giustificazione nella tutela del buon vivere ("vivre ensemble") comune¹⁵.

Il divieto di (costruire) minareti nella Svizzera si basa su una modifica plebiscitaria della Costituzione. Si può essere curiosi, se la Corte di Strasburgo nel caso di un ricorso individuale (contro tale divieto) si spinga all'esame del dubbio concreto circa la compatibilità con la Convenzione EDU¹⁶.

V. Interpretazione "evolutiva" della Convenzione EDU.

Una considerevole dinamica nello sviluppo dello degli standard convenzionali ha recato il principio dell' "interpretazione evolutiva" della Convenzione EDU¹⁷. Un ruolo essenziale gioca a tal proposito, accanto allo sviluppo del diritto internazionale pattizio l'appello della Corte EDU ad un consenso reale o presunto tra gli Stati membri.

Per questo approccio conta che secondo i principi del diritto internazionale pattizio una prassi interpretativa convergente forma un criterio rilevante (art. 31 c. 3 lett. a della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati). Tuttavia l'impiego dell'argomentazione del consenso attraverso la Corte EDU è esposto a notevoli obiezioni.

¹⁵ EGMR (Große Kammer), *S.A.S. /J. Frankreich*, Beschwerde-Nr. 43835/11, paras 140 ff.

¹⁶ Hierzu R. Zimmermann, *Zur Minarettverbotsinitiative in der Schweiz*, *ZaöRV* 69 (2009), S. 829 ff.

¹⁷ EGMR, *Mamatkulov und Abdurasulovic /J. Türkei*, Beschwerde-Nr. 46827/99 und 46951/99, para 94.

In primo luogo, in relazione alla supposizione del consenso la Corte EDU procede in modo straordinariamente generoso. Se il numero degli Stati membri che convergono sulla stessa interpretazione resta ampiamente dietro la maggioranza, viene incomodato proprio il consenso nascente (*emerging consensus*). Di regola la Corte EDU però non esamina anche se una disciplina legislativa o una giurisprudenza nazionale è tratta dalla Corte EDU in generale dalla consapevolezza di un obbligo e non da ragioni di opportunità politica. Non è da esaminare, perché uno Stato membro della Convenzione deve essere vincolato ad un' interpretazione dinamica della Convenzione EDU soltanto perché più o meno altri Stati membri hanno deciso a favore di un' ampia tutela di un diritto convenzionale.

Un' interpretazione estensiva, che si sostiene su una convergenza di regolamentazioni nazionali, conduce al fatto che viene congelato il consenso di un più o meno grande numero di Stati membri nel senso di un obbligo proveniente dal diritto internazionale pattizio, dato in un certo momento. Ciò impedisce agli Stati membri anche un allontanamento dalla disciplina nazionale un tempo trovata.

VI. Modelli di orientamento giuridico-convenzionali della comunità costituita giuridicamente.

La Convenzione EDU si lascia intendere senz' altro come una specie di "diritto costituzionale comune europeo". Ciò vale però soltanto per quelle parti dell' ordinamento giuridico fondamentale, cioè la relazione tra il singolo inclusi i partiti politici e lo Stato come anche –in modo limitato- tra i privati. Sarebbe dunque un' inutile impresa, voler leggere dalla Convenzione EDU un progetto in sé chiuso della comunità giuridicamente costituita. Tuttavia la giurisprudenza di Strasburgo lascia senz'altro riconoscere determinati modelli-

guida, dei quali in seguito con lo sforzo per una semplificazione l' uno o l' altro devono essere delineati.

1. Un modello di ordinamento "liberale".

La costruzione di diritti convenzionali fondamentali lascia riconoscere, tanto nel testo come nel suo decennale sviluppo attraverso la giurisprudenza, un modello ordinamentale "liberale", come esso affonda le sue radici nell' Illuminismo e nel Liberalismo del 19. secolo. E' il modello-guida di una comunità aperta e democraticamente costituita, per il quale ingerenze nella sfera individuale di libertà sono sottoposte ad un esame della proporzionalità una volta più stringente, un' altra volta più tollerante. Nel cuore dell' essere così (So-Sein) individuale e della autodeterminazione individuale il controllo avviene in modo stringente e, di regola, difficilmente lascia agli Stati della Convenzione uno spazio di apprezzamento discrezionale, o ne lascia uno piccolo. La libertà di manifestazione del pensiero e altre libertà di comunicazione vengono concepite –in modo simile a quanto accade negli USA o nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco- come pietre angolari di questo ordinamento liberale. Ma diversamente che nelle tradizionali esegesi, per es., del *Grundgesetz* tedesco, la libertà di manifestazione del pensiero perde la sua posizione privilegiata nei confronti della tutela della sfera privata e dei diritti della personalità di altri, se non si tratta in particolare di questioni di particolare interesse politico o di aspetti di un discorso pubblico rilevante per l' intera collettività. In questo rafforzamento del "diritto ad essere lasciato in pace" (*right to be left alone*) la giurisprudenza della Corte di Strasburgo pone altri accenti rispetto a quelli del *Bundesverfassungsgericht* tedesco e delle altre Corti supreme. In un tale modello di ordinamento liberale si inserisce in modo armonico anche la decisione sul divieto del burka in Francia come strumento di una buona, pacifica convivenza in una società aperta¹⁸.

¹⁸ EGMR (Große Kammer), *S.A.S. .I. Frankreich*, Beschwerde-Nr. 43835/11, para 127 f.

2. Stabilità dell' ordinamento politico.

La giurisprudenza di Strasburgo classifica la stabilità dell' ordinamento politico come un Bene alto. Essa classifica in modo straordinario come giustificata le alte soglie di percentuale per i partiti e le altre associazioni politiche in relazione alle elezioni parlamentari, se alla luce delle esperienze storiche esse servono come un mezzo adeguato di tutela contro la frammentazione della politica regionale (sbarramento al 10% per le elezioni parlamentari in Turchia).

3. Funzione di guardiano dello Stato pluralista.

Nella giurisprudenza di Strasburgo lo Stato appare come garante di un ordinamento pluralista con un ampio mandato di porre chiari limiti ad intolleranti sforzi politici o perfino di esiliare questi ultimi nell' arena della contesa politica. La Corte EDU pone in connessione immediatamente la democrazia con un ordinamento pluralistico¹⁹. In questo senso, il giudice di Strasburgo sottolinea il ruolo dello Stato come "organizzatore neutrale e non di parte delle diverse religioni, orientamenti di fede e confessioni in una società democratica"²⁰. Ciò si tocca in modo stretto, per es., con il concetto tedesco di "democrazia protetta".

4. Sviluppo empatico della Convenzione.

La giurisprudenza in materia di tutela degli stranieri illegalmente entrati nel territorio dello Stato contro le espulsioni nella loro patria in relazione alle inaccettabili condizioni di vita che lì sono dominanti²¹ mostra la forza dell' empatia con riguardo all' interpretazione della Convenzione. Lo stesso potrebbe valere per la giurisprudenza, secondo la quale il rimpatrio dei profughi che uno

¹⁹ ...

²⁰ EGMR, *Refah Partisi (Wohlfahrtspartei) u.a. ./.* *Türkei*, Beschwerde-Nr. 41340/98, 41342/98, 41343/98 und 31344/98, paras 51, 70.

²¹ EGMR, *D ./.* *Vereinigtes Königreich*, Beschwerde-Nr. 146/1996/767/964, paras 39 ff.

Stato membro della Convenzione ha raccolto in acque internazionali, si rappresenta come un' espulsione di massa vietata.

VII. Plagi per gli sviluppi costituzionali nei singoli Stati membri della Convenzione.

La più recente giurisprudenza mostra una interessante disponibilità, a concretizzare ed ulteriormente sviluppare gli standard della Convenzione sotto il ricorso agli sviluppi costituzionali nei singoli Stati della Convenzione. Un esempio prominente è la giurisprudenza è la prospettiva legislativamente concretizzata sulla sospensione del carcere a vita²². Qui la Corte riconduce il divieto di un trattamento inumano ex art. 3 della Convenzione EDU al rispetto della dignità umana, che a propria volta forma il punto di ancoramento per la giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla sospensione della pena dell' ergastolo. Qui noi abbiamo dunque una dinamica potenziata nello sviluppo dello standard normativo. Il *Bundesverfassungsgericht* scoprì nel 1977 che l' esecuzione conseguente della pena dell' ergastolo fino alla morte ferisce la dignità umana, se il legislatore non prevede alcuna procedura sull' esame dell' ulteriore privazione di libertà dopo una certa durata della reclusione²³. Questa decisione è stata intesa a sua volta da molti come un audace, si un troppo audace pezzo di attivismo giudiziario, anche se essa oggi non appare più così inquietante. La Corte di Strasburgo estende il divieto del trattamento umiliante od inumano attraverso un' ampia tutela della dignità umana, che nell' art. 3 della Convenzione EDU non è menzionata. Così, la giurisprudenza di Strasburgo crea il ponte allo scopo dell' assunzione di uno sviluppo dinamico della Costituzione tedesca. Il legislatore, l' Esecutivo e la giurisprudenza del Regno Unito sono finora venuti all' idea che la dignità

²² ...

²³ BVerfGE 45, 187 (253 ff.).

umana offre un meccanismo legislativo per la sospensione dell' ergastolo. Così in fine al Regno Unito è contrapposto una comprensione molto particolare della dignità umana, che la Corte di Strasburgo ora eleva al livello comune europeo. Ciò alimenta un persistente dubbio metodologico e la questione della legittimità di un tale dinamico sviluppo del testo del Trattato.

Il bilancio, dal punto di vista del diritto costituzionale italiano o tedesco, può mancare di qualche cosa d' altro, che si vede, per così dire, nella sacrale ordinazione di una europeizzazione dei suoi valori razionali.